Die Untreue
de lege lata und de lege ferenda,

unter besonderer Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Bevollmächtigtenuntreue des § 266, Abs. 1, Ziffer 2 StGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität

zu

Tübingen

Vorgelegt von

EUGEN DIETERICH

Rechtsanwalt in Schwäbisch Gmünd

1933

Buchdruckerei Albert Becht, Tübingen, Hirschgasse 16

Zum Druck genehmigt von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

Referent: Prof. Dr. A. Schoetensack
Dekan: Prof. Dr. Stoll

Abgeschlossen Ende April 1933.
Tag der mündlichen Prüfung: 14. September 1933.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Einleitung.

§ 1. Geschichtliches.

Die Untreue ist das jüngste der Vermögensdelikte und als solches noch sehr unfertig und lebhaft umstritten. Ihre mangelhafte Fassung im RStGB. bereitet der Praxis oft große Schwierigkeiten, deren Ueberwindung die Kenntnis ihrer Entstehungsgeschichte leider auch nicht immer erleichtert. Denn die Geschichte der Untreue ist unklar und selbst umstritten. Sie knüpft einerseits an den Vertragsbruch, andererseits an die Unterschlagung an.

Spuren, die an die heutige Untreue erinnern, finden sich schon im römischen Recht[1]). Diesem war die Untreue als strafbare Handlung zwar unbekannt, denn es begnügte sich damit, bei Verletzung von Verträgen und Verbindlichkeiten, auch wenn diese vorsätzlich erfolgt war, zivilrechtliche Ersatzansprüche zu gewähren. Bei gewissen Verletzungen obligatorischer Vertragsverhältnisse, die auf ein besonderes Vertrauen gegründet waren, trat jedoch überdies im Anschluß an ein verurteilendes Erkenntnis noch die sog. Infamie ein, die strafrechtlichen Charakter hatte. So wurden vor allem depositum, mandatum, societas, tutela und fiducia als Verträge angesehen, deren Verletzung einen besonderen Vertrauensbruch bedeutete und für den seinen vertraglichen Verpflichtungen treulos Zuwiderhandelnden die Infamie zur Folge hatte. Der Infamie verfiel weiter auch der Vormund, wenn er wegen vorsätzlicher Veruntreuung mittels der actio de distrahendis rationibus zur Herausgabe des Doppelten des veruntreuten Wertes verurteilt worden war. Andere Einzelbestimmungen des römischen Rechts[2]) erinnern nur mehr oder weniger an unseren Deliktstatbestand, weshalb sich ein näheres Eingehen auf sie erübrigt. Erwähnt sei lediglich noch, daß die praevaricatio, die Be-

1) vgl. hiezu Stemann S. 31 ff., Ammon S. 8 ff., Leopold S. 4, König S. 8 ff., Jung S. 4 ff., Oberstadt S. 9 ff., Pfeiffer S. 3 ff.

2) Leopold S. 9, König S. 9, Oberstadt S. 10, Jung S. 4 ff., Sohm S. 221, 460/1.

günstigung einer Prozeßpartei durch den Prozeßvertreter des Gegners, wie sie ganz ähnlich noch heute das geltende Recht kennt, schon dem römischen Recht bekannt war [3]).

Auch das ältere deutsche Recht gab sich in den in Frage kommenden Fällen, von einigen Ausnahmen abgesehen, mit einer zivilrechtlichen Ausgleichungspflicht zufrieden. Das Wort „Untreue" begegnet uns wohl auch schon in einem Teil der damaligen Rechtsquellen [4]). Es hatte aber mit dem heutigen Untreuebegriff gar nichts gemein, diente vielmehr lediglich zur Bezeichnung des sog. „Verrats", d. h. der Tötung oder Verletzung von Personen, denen der Täter zu besonderem Schutze verpflichtet war.

Strafbar war im älteren deutschen Recht zunächst überhaupt nur der Diebstahl [5]). In dem sog. „dieblichen Behalten" wurde, wie Löning nachgewiesen hat [6]), keine strafbare Handlung, sondern nur vorsätzlicher Vertragsbruch erblickt. Weitere strafbare Tatbestände kamen erst mit der Rezeption des römischen Rechts auf [7]).

Einen wesentlichen Fortschritt brachte erstmals die Constitutio Criminalis Carolina vom Jahre 1532. Nachdem teilweise in den Stadtrechten schon kurze Zeit vorher die Veruntreuungen von Amtsträgern sowie Boten, Fuhrleuten, Schiffern und Handwerkern unter Strafe gestellt worden waren [8]), bestimmte diese nämlich in ihrem Art. 170, daß, wie ein Dieb zu bestrafen sei, wer „mit eines andern Gütern, die ihm im guten Glauben zu behalten und zu verwahren gegeben sind, williger und gefährlicher Weise dem Gläubiger zu Schaden handelt". Damit bedrohte die CCC. nicht nur die Unterschlagung, sondern auch Fälle der Untreue mit Strafe, was allerdings früher bestritten war [9]). Fälle der heutigen Untreue schlossen auch die Art. 124 und 115 CCC. in sich. Art. 115 CCC. insbesondere sah nämlich Strafe vor für Prokuratoren „so ihren Parteien zum Nachteil gefährlicher Weise den Widerteilen zu gute handeln" und erhob

3) § 356 StGB.

4) so im Regensburger Landfrieden von 1280, c. 26, sowie im Sachsen- und Schwabenspiegel; vgl. hiezu Jung S. 6, König S. 10, Pfeiffer S. 1.

5) Mayer S. 5 ff., Oetker S. 278.

6) „Der Vertragsbruch im deutschen Recht" S. 393 ff.; ebenso Binding, Normen II, S. 1066/7.

7) Cartier S. 74 ff., Mayer S. 1 ff.

8) Mayer S. 1 ff.

9) ebenso Liszt, 23. Auflage, S. 476, Draheim S. 7, Mayer S. 14; a. M.

damit zum erstenmal im deutschen Recht die praevaricatio des römischen Rechts zu einem Straftatbestand. Diese Bestimmung gewann in der Folge erhöhte Bedeutung durch die ausdehnende Interpretation, die man ihr, den Bedürfnissen des Lebens entsprechend angedeihen ließ; man unterstellte ihr als Quasiprokuratoren nämlich auch Kuratoren und Tutoren, sowie Feldmesser und Schätzer [10]). Zu einer scharfen Abgrenzung der unter diese Strafbestimmungen der CCC. fallenden Tatbestände kam es jedoch zunächst nicht.

Auch die Reichspolizeiordnung vom Jahre 1577 befriedigte in dieser Hinsicht nicht. Sie bedrohte zwar u. a. [11]) die Untreue des Vormunds erstmals mit Strafe und ist deshalb eine der Wurzeln der Untreuebestimmung unseres geltenden Strafrechts [12]); sie umfaßte aber noch dem Wortlaute nach jede Pflichtverletzung des Vormunds.

Einen wichtigen Schritt weiter ging erst wieder das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, welches, wenn auch lediglich als Unterart des qualifizierten Betrugs, in seinem § 1329 die erste Legaldefinition der Untreue brachte. Danach traf die Strafe des unter erschwerenden Umständen verübten Betrugs „auch denjenigen, welcher außer der allgemeinen Verbindlichkeit noch besondere Verpflichtungen, einen anderen mit Treue und Redlichkeit zu behandeln, auf sich hat und denselben gleichwohl hintergeht". Das Delikt wurde jedoch in den §§ 1330—1376 auf einzelne, unter sich ganz verschieden geartete Personengruppen beschränkt, aus denen besonders die Privatverwalter und Bevollmächtigten herauszuheben sind, deren Untreue hier zuerst ausdrücklich mit Strafe bedroht ist [13]).

Zu einem selbständigen Deliktstatbestand wurde die Untreue unter dem Einfluß des Code pénal in den in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstehenden Partikulargesetzen [14]), von denen das Preußische Strafgesetzbuch vom Jahre 1851 von besonderer Bedeutung ist [15]). Ausgehend von der Notwendig-

Ammon S. 17, Cartier S. 80, König S. 12; zweifelnd Binding S. 395.

10) vgl. Jung S. 7.

11) in Titel 32, § 3.

12) so Binding S. 395, ebenso Pfeiffer S. 10; vgl. auch Mayer S. 34.

13) ALR. T. 2, Tit. 20 §§ 1329 ff.; vgl. Goltdammer in G. A. 10, 4, Mayer S. 37 ff., Pfeiffer S. 11, König S. 23, Oetker S. 280.

14) so im Bayer. StGB. von 1813, im Hannoverschen StGB. von 1840, im Sächs. StGB. von 1855 usw., vgl. hiezu Jung S. 8.

15) Goltd. Mat. 2, 559 ff., Goltdammer in G. A. 10, 4 ff., Appelius in G. A. 36, 356, Mayer S. 47 ff.

keit einer genaueren Begrenzung unseres Delikts fragte man sich in den verschiedenen Entwürfen zum Preußischen Strafgesetzbuch zunächst, „ob der Umfang desselben dahin aufzufassen sei, daß es alle Arten strafbarer Vermögensschädigung in sich aufnehmen solle, oder nur solche, die nicht schon als besondere Verbrechen dargestellt sind, sondern nur wegen der vorzüglicheren Pflichtverletzung als strafbar zu achten sind", und entschied sich schließlich für das Erstere, „weil sonst auch der einfache Diebstahl des Vormundes geringer zu strafen sein würde als die Untreue"[16]). Sodann stritt man sich vor allem über den Kreis der Personen, auf welche sich das Delikt beziehen solle, und erwog hiebei namentlich, ob die Strafdrohung nur auf Personen mit öffentlichem Vertrauen zu beschränken oder auch auf diejenigen Personen auszudehnen sei, bei denen die Verpflichtung zu einer besonderen Treue lediglich aus Privatrechtsverhältnissen entspringt. Man lehnte eine solche Ausdehnung aber dann ab, da diese Ausdehnung der Untreuevorschrift einen völlig unbestimmten Charakter verleihen würde und nur die Beschränkung auf die Verhältnisse mit öffentlichem Charakter eine bestimmte objektive Grenze gewähren könne. Derjenige, so heißt es u. a. im Kommissionsbericht, welcher Privatverträge mit einem Anderen abschließe, welche auf ein besonderes Vertrauen berechnet sind, möge sich selbst vorsehen, während denjenigen Personen, welche unter öffentlicher Autorität wirken und von dem Staate dem Publikum zur Besorgung gewisser Angelegenheiten bezeichnet werden, mit Recht von vorn herein ein größeres Vertrauen bewiesen werde. Auch liege es, so heißt es weiter, häufig gar nicht einmal im Interesse der Contrahenten, bei einem Privatvertrags-Verhältnis eine von dem anderen Contrahenten begangene Untreue zu rügen, deshalb bestehe für den Staat um so weniger Veranlassung, solchen Privatrechtsverhältnissen besonderen Schutz zu gewähren[17]). So erfaßte denn der schließlich zum Gesetz gewordene Untreuetatbestand des § 246 Pr. StGB., der etwa den Ziffern 1 und 3 des § 266 StGB. entspricht, die Untreue der Privatbevollmächtigten nicht.

In der Praxis wurde jedoch diese Beschränkung der Strafdrohung auf Personen mit öffentlichem Vertrauen bald immer mehr als empfindliche Lücke empfunden. Das Preußische

16) Goltd. Mat. a. a. O. S. 560.

17) so Goltd. Mat. S. 560, Goltdammer in G. A. 10, 5; Appelius in G. A. 36, 357.

Obertribunal suchte diesem Mangel nun dadurch abzuhelfen, daß es den Tatbestand der Unterschlagung, der in § 225 Pr. StGB. normiert war, und deren Objekt an sich, wie im geltenden Strafrecht auch, eine „fremde bewegliche Sache" war, auf rechtswidrige Verfügungen über unkörperliche Sachen, namentlich über Forderungen ausdehnte und darüber hinausgehend auch noch auf die rechtswidrige Zurückbehaltung derjenigen Gegenstände erstreckte, welche der Beauftragte formell auf Grund zivilrechtlicher Vorschriften zu Eigentum, materiell aber für den Auftraggeber erhalten hatte [18]). Es entsprach damit wohl einem dringenden Bedürfnis, hielt sich aber hiebei keineswegs in den Grenzen des Zulässigen. Die Wissenschaft hat daher diese Praxis lebhaft bekämpft [19]).

Bei Schaffung des Norddeutschen Strafgesetzbuches [20]) lehnte man es deshalb auch ab, denselben Weg zu beschreiten, um dem hervorgetretenen dringenden Bedürfnis nach Erweiterung des Strafrechtsschutzes abzuhelfen. Man entschloß sich vielmehr, ausgehend davon, daß die Fälle, in denen das Preußische Obertribunal den Tatbestand der Unterschlagung erweitert hatte, unter den Begriff der Untreue zu stellen seien, auf Antrag von Schwarze's, den Untreuetatbestand durch Einfügung der nunmehrigen Ziffer 2 des § 266 StGB. zu erweitern. Und zwar lehnte man sich bei Fassung der Ziffer 2 in der Hauptsache an § 287, Abs. II des Sächsischen Strafgesetzbuches von 1868 an, in dem bestimmt war, daß es der Unterschlagung gleichzuachten ist, „wenn ein Geschäftsführer über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitz hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachteil des Geschäftsherrn verfügt" [21]). Man übersah hiebei allerdings, daß man mit dieser Anlehnung an § 287, Abs. II, des Sächs. StGB. die Fälle, in denen der Beschuldigte von jemand Gegenstände zu Eigentum empfangen hatte, welche er vertragsgemäß einem Dritten abzuliefern oder mit diesem zu teilen hatte, gerade nicht traf und deshalb nach wie vor gesetzlich nicht erfaßte. Denn in allen diesen

18) Leopold S. 7, Kronecker in G. A. 34, 403/4 sowie die dort Anm. 4 zitierten Entsch. des Preuß. O. Tr., Mayer S. 49 ff.

19) vgl. insbesondere Appelius in G. A. 36, 351 ff., Mayer S. 55.

20) vgl. die Motive zum II. Entw. zu § 241; Kronecker a. a. O. S. 403, Appelius a. a. O. S. 356, Leopold S. 5 ff., Herrmann S. 14, Mayer S. 55, Pfeiffer S. 14, König S. 16.

21) auch das Bayerische Strafgesetzbuch kannte in seinem Art. 339 die Bevollmächtigtenuntreue bereits.

Fällen kann von einer Verfügung des Beschuldigten über eine Forderung oder ein anderes Vermögensstück des Auftraggebers nicht die Rede sein.

Man hatte sich mit Einfügung der Ziffer 2 in den Untreuetatbestand zu dem ausgesprochenen Zwecke, den Unterschlagungstatbestand zu ergänzen, aber immerhin schließlich über die Bedenken gegen Strafvorschriften zum Schutze rein privatrechtlicher Verpflichtungsverhältnisse hinweggesetzt.

Der Untreue selbst aber hatte man mit Aufnahme dieser Ziffer 2, worauf nunmehr näher einzugehen sein wird, teilweise einen völlig anderen Charakter verliehen.

I. Abschnitt.

Die Untreue de lege lata.

1. Kapitel: Allgemeines.

I. § 2. Die Rechtsnatur der Untreue.

Ueber die Rechtsnatur der Untreue herrschte von Anfang an Streit, der sich zum einen Teil aus dem unklaren, noch nicht abgeschlossenen Entwicklungsgang dieses Deliktes erklärt und zum anderen Teil auf die übereilte, unglückliche Fassung des Deliktstatbestandes zurückzuführen ist.

Von kleineren Abweichungen abgesehen, sind heute in der Hauptsache drei verschiedene Theorien über das Wesen der Untreue zu unterscheiden und zwar die Treubruchs-, die Geschäftsführungs- und die Mißbrauchstheorie.

§ 3. Die Treubruchstheorie.

Die umfassendste, in der Praxis herrschende und vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretene[1]) ist die Treubruchstheorie[2]), der sich in der Literatur Meyer-Allfeld[3]), Eber-

1) So RGSt. 1, 174; 3, 283; 7, 349; 14, 184; 17, 242; 20, 262; 26, 166; 31, 363; 38, 363; 45, 434; 58, 391; 61, 1.

2) so genannt von Cartier S. 100.

3) S. 485

mayer[4]). Ammon[5]). Engelhardt[6]). Konrad[7]), Merkel[8]) und neuerdings in eingehenden Ausführungen mit einigen Abweichungen auch Hellmuth Mayer[9]) angeschlossen haben.

Ausgehend von der unbestrittenen Tatsache, daß dem Untreuedelikt bis zur Aufnahme der Ziffer 2 in den § 266 StGB. ein besonderer Vertrauensbruch eigen war, und, daß die Verletzung obligatorischer Verhältnisse im allgemeinen nur zivilrechtliche Haftung zur Folge hat, sieht die Treubruchstheorie das Wesen der Untreue in dem B r u c h der im § 266 StGB. aufgezählten besonderen T r e u v e r h ä l t n i s s e[10]), der für sie auch heute noch den „inneren Grund"[11]) für die Strafandrohung des § 266 StGB. bildet. Denn wesentlich ist für sie auch im Falle der Ziffer 2 des § 266 StGB. ein Vertrauensbruch, nämlich „die Verletzung der besonderen, dem Bevollmächtigten obliegenden Pflicht zur Treue"[12]).

Dieses Treuverhältnis der Ziffer 2 des § 266 StGB. ist nach der Ansicht des RG. schon da vorhanden, „wo der Bevollmächtigte — von der inneren Geschäftsführungsbefugnis abgesehen — die ihm übertragene Machtbefugnis nach außen hin ausübt, sei es durch Verhandlungen mit einem Dritten, sei es durch Betätigung der Verfügungsgewalt über die ihm anvertraute Sache"[13]). Denn „soweit dies geschieht, ist die in dem Vollmachtsverhältnis ruhende besondere Treupflicht begründet, deren Verletzung in § 266, Ziffer 2 StGB. mit Strafe bedroht ist"[14]), da „es sich hierbei nicht um eine nach zivilrechtlichen Grundsätzen aus dem Rechtsverhältnis sich ergebende Rechtsfolge handelt, sondern um eine in dem tatsächlich bestehenden Vertrauensverhältnis wurzelnde, durch seine Natur begründete und deshalb von der zivilrechtlichen Gültigkeit der Vollmacht oder des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts unabhängige Pflicht"[15]).

Es ist sonach für das Reichsgericht belanglos, ob das Vollmachts-

4) L K. S. 872.
5) S. 2, 42, 60.
6) S. 11.
7) S. 4, 20.
8) S. 781.
9) S. 79, 121.
10) so RGSt. 3, 283; 20, 262.
11) so RGSt. 17, 241; 14, 184.
12) so RGSt. 38, 363.
13) und 14) So RGSt. 41, 265.
15) so RGSt. 41, 265.

verhältnis zivilrechtlich gültig ist oder nicht, ein Standpunkt, an dem das Reichsgericht bis heute festgehalten hat. Es genügt, wenn „jemand auch nur rein tatsächlich durch das Vertrauen eines anderen bestellt wird, Handlungen im Rechtssinne für ihn vorzunehmen, und eben dadurch in die Lage versetzt wird, rechtlich oder tatsächlich über Vermögensstücke des anderen zu verfügen“[16]).

Die ungetreue Handlung muß daher auch nach der Ansicht des Reichsgerichts nur überhaupt eine Verletzung der dem Bevollmächtigten gegen seinen Auftraggeber obliegenden Treupflicht enthalten und darf darum „nur nicht außerhalb jedes Zusammenhangs mit dem erteilten Auftrag“[17]) stehen. Sie muß also nicht in gültigen rechtsgeschäftlichen Akten bestehen, kann vielmehr ebensogut auch in tatsächlichen Handlungen aller Art bestehen, welche im Ergebnis das Vermögen schädigen[18]).

Enthält der Treubruch den Tatbestand anderer Vergehen, wie des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betrugs, „so sind die Grundsätze von der idealen Konkurrenz maßgebend“, denn Idealkonkurrenz von Untreue mit Diebstahl, Unterschlagung, Betrug usw. halten die Vertreter der Treubruchstheorie im Hinblick auf die Materialien zum preußischen StGB.[19]) für möglich[20]).

Mayer, der die Treubruchstheorie in längeren historischen und dogmatischen Ausführungen zu festigen sucht, kommt zu ganz ähnlichen, wenn auch nicht so weit gehenden Ergebnissen wie das Reichsgericht. Insbesondere kommt auch Mayer zu dem Ergebnis, daß die Untreue „auch im RStGB. ist, was sie immer war, die dolose Zuwiderhandlung gegen die Pflicht, fremdes Vermögen ordnungsgemäß zu verwalten“[21]), „der Bruch eines besonderen Vertrauensverhältnisses“[22]).

Den Begriff der Treupflicht im Sinne des § 266 StGB. will nun Mayer aber wesentlich enger, „strafrechtlich“ verstanden wissen. Die Feststellung, ob die Verletzung einer solchen „strafrechtlichen“ Amts- oder Vertragspflicht durch ein Tun oder Unter-

16) so RGSt. 61, 228.
17) so JW. 1930, 1405, ebenso JW. 1930, 1311.
18) Mayer S. 167.
19) so RGSt. 3, 283 — Goltd. Mat. S. 560.
20) ebenso RGSt. 7, 349; 16, 343; ferner Ammon S. 89, Freudenthal S. 122, Konrad S. 44, Allfeld S. 487.
21) Mayer S. 79.
22) Mayer S. 121.

lassen vorliegt, will er im Einzelfall dem Richter „nach seinem vernünftigen Ermessen“ überlassen [23]).

Im einzelnen führt Mayer hiezu u. a. aus: „Der Begriff der Amtspflicht im Sinne dieser Ausführungen ist als ein strafrechtlicher Begriff gegenüber den in Betracht kommenden obligatorischen Verpflichtungen abzugrenzen . . . Es muß grundsätzlich festgestellt werden, daß die Untreue keine gültige obligatorische Verpflichtung zwischen dem Amtsträger und demjenigen, dessen Gut dem Amtsträger anvertraut ist, erfordert . . . Sofern überhaupt eine obligatorische Verpflichtung besteht, ist der Zusammenhang insofern enger, als die Fälle der Strafklage immerhin stets einen Ausschnitt aus den Fälle der Zivilklage bilden, die strafbare Untreue stets auch eine Verletzung des obligatorischen Vertrags darstellt“ [24]).

Die Frage, wer als Bevollmächtigter im Sinne der Ziffer 2 anzusehen ist, beantwortet Mayer dahin, daß es gänzlich unzulässig sei, insoweit den zivilrechtlichen Vollmachtsbegriff zugrunde zu legen [25]), die Gesetzgebung habe der Rechtsprechung vielmehr „ein Blankett zur Ausfüllung eingeräumt“ [26]). Auch Mayer kommt aber schließlich zur Anerkennung des Grundgedankens des Reichsgerichts, „daß ein tatsächliches Treuverhältnis als Grundlage der Vollmacht genüge, um den Tatbestand zu erfüllen“ [27]), und sieht „ein solches Treuverhältnis auch in einer zivilrechtlich ungültigen Abrede, durch die jemand mit einer Geschäftsbesorgung für einen Dritten betraut wird“ [28]). Beruht allerdings die Ungültigkeit des Innenverhältnisses auf der Minderjährigkeit des Täters, auf Unsittlichkeit oder gesetzlichem Verbot des betr. Geschäfts, so ist nach Mayer, entgegen der Ansicht des Reichsgerichts ein Treuverhältnis im bezeichneten Sinne nicht vorhanden [29]), da im erstgenannten Falle die Rechtsprechung zu keinem „sinnvollen Ergebnis“ [30]) führen würde, in den beiden letzten Fällen es aber ein „Unding“ wäre [31]), von einem Treuverhältnis zu sprechen.

23) Mayer S. 187, 218, 238.
24) so bezüglich der Amtspflicht in Ziffer 1 auf S. 187/8, bezüglich der Amtspflicht in Ziffer 3 auf S. 217/8.
25) S. 228.
26) S. 230.
27) S. 252.
28) S. 252.
29) S. 252.
30) S. 251.
31) S. 252.

Idealkonkurrenz von Untreue mit Diebstahl, Unterschlagung usw. hält Mayer endlich für nicht möglich. Nach Mayer steht die Untreue vielmehr zu allen diesen Vermögensdelikten im Verhältnis der alternativen Gesetzeskonkurrenz und umfaßt insbesondere auch die Unterschlagung, sofern diese von tauglichen Subjekten der Untreue begangen wird [32]).

§ 4. Die Geschäftsführungstheorie.

Auch die Geschäftsführungstheorie über das Wesen der Untreue knüpft an die geschichtliche Entwicklung unseres Deliktes an [1]). Sie findet sich schon bei Hälschner [2]), dankt ihren weiteren Ausbau Freudenthal [3]) und wird vor allem von Draheim [4]) und neuerdings insbesondere von Richard Schmidt [5]), v. Liszt-Schmidt [6]), Gutjahr [7]) und Pfeiffer [8]) verfochten.

Nach ihrer Auffassung ist das der Untreue Wesentliche folgendes: „Kraft Rechtens ist der Täter in eine Stellung geraten, die ihm die Pflicht auferlegt, für fremdes Vermögensinteresse zu sorgen. Dieser Rechtspflicht würde er durch eine gewisse Handlung (Handlung I) genügen. Zu Handlung I ist er berechtigt und verpflichtet. Jene Stellung gibt ihm aber auch die tatsächliche Möglichkeit zur Vornahme einer anderen Handlung (Handlung II), durch die er freilich jener Rechtspflicht nicht genügen würde. Von dieser tatsächlichen Möglichkeit macht er unter Verletzung seiner Fürsorgepflicht Gebrauch, nimmt Handlung II vor und schädigt durch sie, wen er schützen sollte. So ist der Untreue eigen, daß der Täter ein fremdes Vermögensinteresse unter der Verletzung der Rechtspflicht, dafür zu sorgen, schädigt. Die typische Art der Begehung von Untreue ist also die Verletzung dieser Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge" [9]).

Als dasjenige Mittel, durch welches bei den sämtlichen Rechtsverhältnissen der in Ziffer 1 bis 3 des § 266 StGB. aufgezählten

32) S. 308, eine nähere Begründung für diese Ansicht gibt Mayer nicht.

1) vgl. hiezu vor allem Pfeiffer S. 1 ff.

2) I, 392.

3) S. 114 ff.

4) S. 65, 68.

5) S. 214.

6) 23. Auflage S. 476; in der neuesten, von Schmidt besorgten 25. Auflage S. 654 nähert sich dieses Lehrbuch aber der Mißbrauchstheorie.

7) in Olshausen S. 1436.

8) S. 1 ff., 77 ff.

9) so Freudenthal S. 116.

Art die Beschädigung des Inhabers des fremden Vermögens herbeigeführt wird, ist also nach der Geschäftsführungstheorie entgegen der Treubruchstheorie nicht die Verletzung einer „Treupflicht“[10]) bzw. der „strafrechtlichen“ Amts- bzw. Vertragspflicht[11]), sondern die Verletzung der Rechtspflicht zur Fürsorge über fremdes Vermögen zu erblicken. Der Begriff „Vermögensfürsorge“ aber ist nach Pfeiffer gleichbedeutend mit der „Wahrnehmung fremder Interessen“ und der „Geschäftsführung“, weshalb Pfeiffer diese Theorie „Geschäftsführungstheorie“ nennt[12]).

Da nun aber nur eine Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge, die zu Recht besteht, verletzt werden kann, ist nach der Geschäftsführungstheorie Voraussetzung für ein ungetreues Handeln, daß im Falle der Ziffer 2 die Vollmachtserteilung rechtswirksam und das Kausalgeschäft gültig ist[13]). Nichtigkeit und Unwirksamkeit der Vollmacht schließen daher hiernach eine Bestrafung wegen Untreue aus.

Die ungetreue Handlung kann jedoch auch nach der Geschäftsführungstheorie in jeder tatsächlichen und rechtlichen Handlung bestehen, vorausgesetzt, daß sie in näherem, innerem Zusammenhang mit der dem Täter anvertrauten Stellung steht[14]). Ein rechtsgeschäftlicher Akt ist mithin auch nach der Geschäftsführungstheorie nicht erforderlich, da jede Verletzung der Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge genügt.

Auch Idealkonkurrenz von Untreue mit Diebstahl, Unterschlagung, Betrug usw. ist endlich nach der Geschäftsführungstheorie möglich[15]).

§ 5. Die Mißbrauchstheorie.

Die Mißbrauchstheorie wurde von Binding[1]) begründet, von Cartier[2]) und Leopold[3]) weiter ausgebaut und fand in der

10) so das Reichsgericht s. o. § 3.
11) so Mayer s. o. S. 11.
12) Pfeiffer S. 77, Anm. 1.
13) so Gutjahr in Olshausen S. 1450, Pfeiffer S. 84.
14) Freudenthal S. 115, Pfeiffer S. 85.
15) Freudenthal S. 122.
1) S. 396.
2) S. 96. 100, 109.
3) S. 14.

Literatur in der Folge weitere Anhänger in Kohler[4]), Frank[5]), Gerland[9]), Hegler[7]), v. Liszt-Schmidt[8]), Grünhut[9]) und Oetker[10]).

Ihre Anhänger behaupten, daß die Untreue mit Aufnahme der Ziffer 2 in den Tatbestand des § 266 StGB. dem praktischen Bedürfnisse nachgebend ihre neue Aufgabe in der Ergänzung der bestehenden Vermögensdelikte gefunden und dementsprechend ihren Charakter grundlegend geändert hat[11]). Sie weisen mit Recht darauf hin, daß der Bevollmächtigtenuntreue der Ziffer 2 die Verletzung einer Pflicht, wie sie bisher dem Charakter der Untreue entsprach, nicht wesentlich ist, da dem Begriffe der Vollmacht irgend eine Treupflicht nicht eigen ist[12]). Sie erblicken das Wesen der Untreue des Bevollmächtigten vielmehr in dem „Mißbrauch der dem Täter gesetzlich zuerkannten Machtstellung“[13]), oder, wie es neuerdings formuliert wurde, „in dem Ueberschreiten des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens“[14]).

Dieses Wesen der Bevollmächtigtenuntreue hat nach ihrer Ansicht auch auf die Untreue in Verhältnissen mit öffentlichem Charakter, z. B. auf die Untreue der Vormünder zurückgewirkt, da auch hier die Voraussetzung der rechtlichen Verfügungsbefugnis bereits vorhanden ist[15]). Diese Rückwirkung wird teilweise auch bezüglich der Fälle der Ziffer 3 des § 266 StGB. behauptet[16]). Hegler[17]) führt hiezu nämlich aus: „Ein Vertretungsverhältnis (im weiteren Sinne) liegt nach Ansicht des Gesetzes wohl auch in den Fällen der Ziffer 3 des § 266 StGB. vor (wo es allein fraglich sein kann): die Betreffenden, wird vorausgesetzt, sind

---

4) S. 126 ff.
5) S. 602.
6) S. 517/8.
7) 10, 152.
8) 25. Auflage S. 654; s. o. S. 13, Anm. 6.
9) S. 125.
10) S. 281.
11) Binding, S. 395 ff., Leopold S. 9, 13, 26, Cartier S. 95 ff.
12) Leopold S. 13; so auch Freudenthal, der im übrigen die Geschäftführungstheorie vertritt.
13) so Binding S. 396.
14) so Grünhut S. 125.
15) Binding S. 397/8, Leopold S. 9.
16) Leopold S. 37; a. M. Binding S. 398, der die Fälle der Ziffer 3, als der Untreue nicht gleichartig, von ihr loslösen will, ebenso übrigens auch Leopold in Anm. 1 auf S. 37.
17) 10, 153.

als „von der Obrigkeit verpflichtete Vertrauenspersonen mit fremden Vermögensangelegenheiten betraut".

Ist Untreue nun aber „Mißbrauch gesetzlich zuerkannter Machtstellung", so kann sie nur durch Handlungen begangen werden, die der Vertretungsbefugte in Ausübung seiner Vertretungsbefugnis vorgenommen hat [18]). Spezifisches Mittel ihrer Begehung ist mit anderen Worten hiernach ein Handeln des Vormunds „als Vormund", des Bevollmächtigten „als solcher" usw. Untreue ist sodann auch nur möglich, solange die Untreuehandlung innerhalb der Vertretungsmacht liegt. Ueberschreitet der Täter die Grenzen seiner Vertretungsmacht, dann handelt er nicht mehr als Vertreter; Untreue entfällt daher. Es reicht endlich hiernach nicht aus, wenn der Täter seine Stellung zu einer Handlung mißbraucht, zu der ihn diese Stellung lediglich tatsächlich instand setzt [19]). Denn nur rechtsgeschäftliche Verfügungen können nach der Mißbrauchstheorie unter den Begriff der Untreue in der neuen Form fallen, nie tatsächliche Handlungen [20]).

Die hier vertretene Auffassung bringt es endlich mit sich, daß die Untreue nur in ihrer eigenen Form begehbar ist, Idealkonkurrenz von Untreue mit Unterschlagung, Diebstahl, Betrug usw. sonach ausgeschlossen ist [21]). Insbesondere ist ein Zusammentreffen von Untreue mit Unterschlagung nicht möglich. Denn entweder handelt der Täter als Vertreter, dann handelt er nicht rechtswidrig, begeht also auch keine Unterschlagung, oder aber er handelt nicht als Vertreter, dann begeht er keine Untreue [22]).

§ 6. Kritik der Theorien zum Wesen der Untreue.

Jede dieser Theorien hat nun aber ihre Mängel und fordert deshalb zur Kritik heraus. Keine nämlich entspricht der lex lata.

---

18) Binding S. 400, Gerland S. 517, Hegler 10, 153, Leopold S. 15.

19) vgl. dazu Freudenthal S. 115, Leopold S. 17.

20) Oetker S. 285 behauptet allerdings, daß für Binding Vollmacht die rechtliche Macht zu rechtserheblichem, nicht nur rechtsgeschäftlichem Handeln und Unterlassen mit Wirkung für einen anderen, wenn auch nicht in dessen Vertretung ist; vgl. dazu auch Mayer S. 79 ff., 309 ff., Pfeiffer S. 86 ff.; auch Hegler 10, 154 will nicht den Gegensatz Rechtsgeschäft-Nichtrechtsgeschäft entscheidend sein lassen; maßgebend sei vielmehr allein, ob der Betreffende als Vertreter gehandelt hat; wo dies nicht der Fall sein könne, scheide Untreue aus.

21) Binding S. 397, Leopold S. 22 ff., Hegler 10, 154, Oetker S. 281 ff.

22) so Hegler 10, 154.

Der lex lata am nächsten steht noch die Mißbrauchstheorie. Ihr wurde zunächst mit Unrecht zum Vorwurf gemacht, daß sie den Begriff „Bevollmächtigte" der Ziffer 2 des § 266, Abs. I StGB. im Sinne des geltenden bürgerlichen Rechts verstanden wissen wolle. Denn, so führt Mayer[1]) aus, es sei gänzlich unzulässig, den dem heutigen Zivilrecht zugrundeliegenden Begriff der abstrakten Vollmacht einfach für den Bevollmächtigten unserer Strafbestimmungen zu übernehmen, da der Gedanke der abstrakten Vollmacht als des von seiner internen Grundlage gelösten Stellvertretungsverhältnisses zur Zeit der Schaffung des RStGB. noch nicht durchgedrungen gewesen sei, jedes Gesetz aber nur aus der Rechtssprache seiner Zeit zu verstehen sei[2]). Daß der Gedanke der abstrakten Vollmacht seiner Zeit noch nicht „durchgedrungen" war, ist nun wohl richtig; dies schließt aber nicht aus, daß die abstrakte Vollmacht, wenn auch nur teilweise, auch damals schon bekannt war. Oetker[3]) stellt hiegegen fest, daß schon damals Vollmachtserteilungen in dem Sinne, daß sich der Vollmachtgeber die Bestimmung über den Gebrauch der Vollmacht vorbehielt und zunächst nur eine Legitimation nach außen hin begründete, keineswegs selten gewesen seien; die Praxis, jedenfalls die des gemeinen Rechts, habe die abstrakte Vollmacht sehr wohl gekannt. War die abstrakte Vollmacht aber, wenn auch nicht in den klaren Umrissen wie heute und nur teilweise, damals sonach schon bekannt, dann ist es m. E. nicht gerechtfertigt, diese Kenntnis dem Gesetzgeber einfach rundweg abzustreiten. Sehr bedenklich ist es daher auch und zu weitgehend, wenn Mayer[4]) aus eben angeführten Gründen ein Blankett an die Rechtsprechung zur Bestimmung des Bevollmächtigtenbegriffs annimmt und mit dem Reichsgericht diesen Begriff rein strafrechtlich aufgefaßt wissen will. Mit der Mißbrauchstheorie ist vielmehr davon auszugehen, daß auch die Gesetzgeber den Begriff der abstrakten Vollmacht schon kannten und der Begriff „Bevollmächtigte" der Ziffer 2 des § 266, Abs. I StGB. daher richtiger im Sinne des geltenden bürgerlichen Rechts aufzufassen ist.

---

1) S. 228.

2) ähnlich Pfeiffer S. 15, der auch darauf hinweist, daß nach der damaligen Stellvertretungslehre die Scheidung zwischen Auftrag und Vollmacht noch nicht durchgeführt war.

3) S. 289.

4) S. 230.

Wie schon oben [5]) erwähnt, halten die Vertreter der Mißbrauchstheorie die auf der Ziffer 1 des § 266, Abs. I StGB. fußende Treubruchstheorie für die Ziffer 2 dieser Bestimmung mit Recht nicht mehr für zutreffend, denn irgendeine Treupflicht ist dem Begriffe der Vollmacht nicht eigen. Rechte und Pflichten begründet nur das die Vollmachtserteilung meist, aber nicht immer veranlassende und deshalb begrifflich unwesentliche Grundgeschäft, welches in einem obligatorischen Vertragsverhältnis beliebiger Art besteht und seine Wirkungen ausschließlich zwischen den beiden unmittelbar beteiligten Personen, d. h. im Innenverhältnis äußert. In der Vollmacht spricht sich demgegenüber lediglich die selbständig für sich bestehende Befugnis aus, nach außen hin als Stellvertreter eines anderen aufzutreten, ohne daß aus dieser Befugnis an und für sich betrachtet irgendein Anspruch für einen der Beteiligten erwachsen würde, was sich schon daraus ergibt, daß die Vollmacht auch durch Erklärung gegenüber dem Geschäftsgegner erteilt werden kann [6]).

Kann man also von einer „dem Bevollmächtigten als solchem obliegenden Pflicht" entgegen der Ansicht des Reichsgerichts [7]) an sich nicht sprechen [8]), dann kann die Verletzung einer Pflicht (auch einer Treupflicht) der Ziffer 2 auch nicht wesentlich sein. Das Wesen der Bevollmächtigtenuntreue muß vielmehr entgegen der Treubruchs- und der Geschäftsführungstheorie in irgendeinem anderen Umstand zu suchen sein.

Zu diesem Schluß drängt übrigens auch eine Betrachtung der Geschichte der Bevollmächtigtenuntreue der Ziffer 2 des § 266, Abs. I StGB. [9]). Dieser ist nämlich zu entnehmen, daß die Notwendigkeit von Strafvorschriften zum Schutze rein privatrechtlicher Verpflichtungsverhältnisse schon lange vor Erlaß des StGB. erkannt worden war. Man hatte nur, wie bereits erwähnt [10]), immer befürchtet, bei einer Ausdehnung des Strafrechtsschutzes auf solche Verhältnisse die richtige Grenze nicht finden zu können, und von einer Strafvorschrift in dieser Richtung daher zunächst Abstand genommen. Denn jede solche Pflichtverletzung

---

5) s. S. 15.
6) vgl. dazu RGR. Komm. zum BGB., I. Bd., S. 287 und § 167 BGB.
7) so in RGSt. 32, 26.
8) vgl. dazu auch Hälschner S. 392 und Merkel S. 782.
9) gegen Pfeiffer S. 15.
10) s. o. S. 5, vgl. dazu auch Leopold S. 5 ff.

wollte man offenbar nicht unter Strafe stellen, da man mit Recht der Ansicht war, daß derjenige, welcher Privatverträge abschließt, sich eben grundsätzlich selbst vorsehen müsse. Daß diese Ansicht mit Einfügung der Ziffer 2 in den Untreuetatbestand des § 266 StGB. völlig aufgegeben worden ist, ist nun aber nicht anzunehmen. Anzunehmen ist vielmehr, daß die Notwendigkeit einer Erweiterung des Strafrechtsschutzes insoweit immer dringender geworden war, genannte Befürchtung mehr und mehr zurücktrat und, daß man sich schließlich zur Aufnahme der Sonderbestimmung der Ziffer 2 in den § 266 StGB. entschloß, auch auf die Gefahr hin, die richtige Grenze hiemit nicht gefunden zu haben. Klar war man sich hiebei nur über den Zweck dieser Sonderbestimmung, die dazu dienen sollte, den Unterschlagungstatbestand zu ergänzen und nicht etwa dazu, jede Pflichtverletzung unter Strafe zu stellen. Das Wesen der Bevollmächtigtenuntreue ist darum auch auf Grund ihrer Geschichte nicht in irgendeiner Pflichtverletzung zu suchen.

Das Wesen der Bevollmächtigtenuntreue mit den Vertretern der Mißbrauchstheorie in dem Mißbrauch der dem Täter rechtlich zuerkannten Machtstellung zu finden, ist nun aber naheliegend. Denn gerade diese dem Täter zustehende Machtstellung barg schon immer die Gefahr des Mißbrauchs in sich, gegen die der Vermögensinhaber eines energischen Schutzes bedurfte [11]). Dies zu erkennen, war allerdings eigentlich erst möglich, als der Gedanke der abstrakten Vollmacht durchgedrungen und klar erfaßt war. Jetzt erkannte man [12]), daß ein weiterer grundsätzlicher Unterschied von Vollmacht und Verfügungsgeschäft darin besteht, daß letzteres dem Täter nur die tatsächliche Möglichkeit zu benachteiligenden Verfügungen über fremdes Vermögen verschafft, die Vollmacht darüber hinaus aber auch die Möglichkeit gibt, von Rechts wegen über fremdes Vermögen verfügen zu können. Wenn nun auch die Einfügung der Ziffer 2 in den § 266 StGB. offenbar schon erfolgte, bevor man zu dieser Erkenntnis gelangt war, so ist das letzten Endes darauf zurückzuführen, daß die Gefahr für den Vermögensinhaber, die mit dieser dem Täter zustehenden Machtstellung dauernd verbunden ist, mit wachsender Bedeutung der Vollmacht immer größer wurde und einen Aufschub der Ausdehnung des Strafrechtsschutzes

11) so Binding S. 397.
12) Binding S. 397, Leopold S. 14, Engelhardt S. 11.

schließlich einfach nicht mehr duldete. Daran aber, daß das Wesen der Bevollmächtigtenuntreue mit der Mißbrauchstheorie nur in dem Mißbrauch der dem Täter rechtlich zuerkannten Machtstellung erblickt werden kann, kann dieser Umstand m. E. nichts ändern.

Durchaus folgerichtig ist weiter, wenn die Vertreter der Mißbrauchstheorie behaupten, daß unter die Bevollmächtigtenuntreue der Ziffer 2 des § 266 StGB. nur rechtsgeschäftliche Handlungen fallen. Denn Vollmacht im Sinne des bürgerlichen Rechts ist die dem Vertreter durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht [13]). Stellvertretung im eigentlichen Sinne aber ist nur die rechtsgeschäftliche, bei welcher einer für den anderen oder an Stelle eines anderen ein Rechtsgeschäft vornimmt [14]). Diese Beschränkung der Untreue auf rechtsgeschäftliche Handlungen hat nun allerdings Lücken zur Folge, die teilweise unerträglich erscheinen [14]), aber in der Fassung des Gesetzes begründet sind und daher im Wege ausdehnender Interpretation nicht ohne weiteres ausgefüllt werden dürfen.

Von einem Mangel der Mißbrauchstheorie kann daher insoweit im eigentlichen Sinne nicht die Rede sein. Zusammenfassend ist die Mißbrauchstheorie auf Grund obiger Ausführungen im Hinblick auf die Bevollmächtigtenuntreue der Ziffer 2 des § 266, Abs. I StGB. vielmehr für durchaus zutreffend zu erachten.

Als unbegründet und daher unzutreffend abzulehnen ist mit den Vertretern der Treubruchs- [15]) und Geschäftsführungstheorie [16]) dagegen die weitere Behauptung, durch die Aufnahme der Ziffer 2 in den § 266, Abs. I StGB. habe die Untreuebestimmung den Charakter einer Schutzbestimmung zur Wahrung besonderer Vertrauensverhältnisse verloren [17]), das Wesen der Bevollmächtigtenuntreue der Ziffer 2 habe auch auf die Untreue der Ziffern 1 und 3 des § 266 StGB. zurückgewirkt und so eine grundlegende Charakteränderung der Untreue bewirkt [18]).

Denn einmal schweigen sich die Motive in dieser Richtung völlig aus, was zutreffenden Falls angesichts einer solch be-

---

13) so RGR. Komm. zum BGB. I. Bd., S. 278.
14) siehe hiezu ausführlich Mayer S. 110 ff., auch Freudenthal S. 115.
15) so z. B. Mayer S. 122.
16) so u. a. Pfeiffer S. 15.
17) so Cartier S. 101.
18) so Leopold S. 9.

deutsamen Aenderung sicherlich wohl nicht der Fall gewesen wäre; sodann „hätte ein solcher Wille des Gesetzgebers in offensichtlichem Gegensatz zur Beibehaltung der Ziffer 3 [19]) und erst recht zur nebengesetzlichen Angliederung weiterer Untreueverhältnisse ohne Verfügungsbefugnis gestanden“ [20]).

Endlich aber ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit Aufnahme der Ziffer 2 in den § 266 StGB. gleichzeitig auch die Tatbestände der Ziffern 1 und 3 einschränken wollte. Nach der Mißbrauchstheorie setzt nämlich auch die Untreue in den Ziffern 1 und 3 des § 266 StGB. ein rechtsgeschäftliches Handeln des Täters voraus.

Binding [21]) hält zwar im Falle der Ziffer 1 des § 266 StGB. auch eine Begehung durch Unterlassung für möglich, woraus Mayer [22]) und Oetker [23]) dann geschlossen haben, daß die Mißbrauchstheorie in ihrer heutigen Form der Lehre Bindings, ihres Begründers, nicht mehr voll entspreche. Oetker sucht vor allem nachzuweisen, daß für Binding Vollmacht „die rechtliche Macht zu rechtserheblichem, nicht nur rechtsgeschäftlichem Handeln und Unterlassen mit Wirkung für einen anderen ist, wenn auch nicht in dessen Vertretung“ [24]). Er gibt aber zu, daß Binding die Erweiterung der „Vollmacht“, wie er sie versteht, auf rechtserhebliches Tun und Unterlassen weit deutlicher hätte zum Ausdruck bringen sollen und zwar m. E. um so mehr, als auch Binding für § 266, Ziffer 2 Bevollmächtigung im engeren Sinne, auf der Grundlage des bürgerlich-rechtlichen Vollmachtsbegriffs verlangt [25]).

Der lex lata entspricht im Hinblick auf die Fälle der Ziffern 1 und 3 des § 266, Abs. I StGB. jedoch auch die so erweiterte Mißbrauchstheorie nicht. Diesen Fällen wird vielmehr nach wie vor nur die Treubruchstheorie gerecht, da sie, wie erwähnt, den Charakter einer Strafbestimmung zur Wahrung besonderer Vertrauensverhältnisse bis heute nicht verloren haben.

---

19) s. o. S. 16.
20) so Pfeiffer S. 15; vgl. hiezu auch Mayer S. 74 ff.
21) S. 401.
22) S. 79 ff. und 309 ff.
23) S. 282.
24) so Oetker S. 288.
25) s. Oetker S. 288.

II. § 7. Die Untreue als Vermögensbeschädigung.

Angriffsgegenstand der Untreue des § 266 StGB. ist nach der heute herrschenden Meinung[1]), der auch das Reichsgericht in konstanter Praxis[2]) gefolgt ist, fremdes Vermögen als Ganzes. Die Untreue ist m. a. W. reines Vermögensverbrechen.

Dies war früher nicht unbestritten. Rubo, Oppenheim, Meyer und Ammon behaupteten nämlich, der Begriff der Untreue sei auf die Verletzung rein persönlicher Rechte und Interessen auszudehnen. Denn, so folgert Rubo[3]), § 266, Abs. I StGB. gedenke „sowohl unter Ziffer 1 wie auch unter Ziffer 2 und 3 der Benachteiligung im Allgemeinen und würdige nicht Benachteiligungen nur bestimmter Art, z. B. bloß in vermögensrechtlicher Hinsicht", es sei „mithin ausgeschlossen, den § 266 beispielsweise lediglich auf Benachteiligungen vermögensrechtlicher Art zu beschränken".

Dieser Behauptung Rubo's wurde jedoch mit Recht entgegengehalten, daß die Ziffer 2 des § 266 StGB. ausdrücklich auf nachteilige Verfügungen über Forderungen oder andere Vermögensstücke beschränkt sei[4]). Ziffer 3 des § 266 StGB. hingegen eine andere Auffassung aber schon im Hinblick auf die dort verwendeten Begriffe „Geschäfte" und „Geschäfte . . . besorgen" nicht rechtfertige[5]).

Unrichtig war es auch, wenn Oppenheim[6]) glaubte, aus der Bezeichnung „Untreue" schließen zu dürfen, die obligatorischen Pflichten der Vormünder, der Güterpfleger usw. seien diejenigen Objekte, welche durch § 266 StGB. geschützt werden sollen. Ganz abgesehen davon, daß es schon unzulässig ist, aus der Bezeichnung „Untreue", die seiner Zeit als terminus technicus in das RStGB. für den erweiterten Straftatbestand mit übernommen wurde, ohne weiteres einen Schluß auf das Schutzobjekt

---

1) so Binding S. 396, Merkel S. 387, Gutjahr in Olsh. S. 1435, Frank S. 605, L. K. S. 870, Freudenthal S. 110, v. Liszt-Schmidt, 25. Auflage, S. 654, Gerland S. 517, Mayer S. 43, 143 ff., Hegler 10, 152, Richard Schmidt S. 215, Dörr S. 52; a. M. Rubo S. 879, Oppenheim S. 190, Meyer S. 632, Ammon S. 44, 59.

2) vgl. insbesondere RGSt. 16, 79, ferner 14, 404; 23, 283; 27, 40; 38, 266; Mayer S. 144.

3) S. 879.

4) Ziegler S. 10.

5) vgl. dazu RGR. Komm. zum BGB. I. Bd., S. 287.

6) S. 190.

zu ziehen [7]), werden doch auch bei den übrigen Vermögensdelikten meist gleichzeitig auch obligatorische Pflichten verletzt (man denke nur an die Fälle der qualifizierten Unterschlagung, der Veruntreuung!), ohne daß man je daran gedacht hätte, diese Pflichten zum Schutzobjekt zu erheben und in diesen Fällen nicht von einem Vermögensdelikt zu sprechen [8]).

Meyer [9]) andererseits wollte unter „Nachteil" im Sinne des § 266 StGB. auch die Vernachlässigung „der Erziehung und sittlichen Entwicklung" einbezogen wissen. Auch Ammon erklärte die Auslegung Nachteil gleich Vermögensnachteil für zu eng. Ammon [10]) glaubte zu einer weitergehenden Auslegung des Begriffes „Nachteil" schon dadurch gezwungen zu werden, daß Abs. I des § 266 StGB. deutlich ganz allgemein von „zum Nachteil" und „zu benachteiligen" spreche, Abs. II dagegen den engeren Begriff „Vermögensvorteil" gebrauche: in § 266, Abs. I, Ziffer 1 StGB. sei darum auch von einem Handeln zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen die Rede; hätte das Gesetz bloß eine vermögensrechtliche Benachteiligung im Auge gehabt, so wäre es zwecklos gewesen, neben dem Handeln zum Nachteile der der Aufsicht anvertrauten Sachen, auch noch von einem solchen zum Nachteil der anvertrauten Personen zu reden.

Diese letztere Deduktion hat unbestreitbar etwas Bestechendes, ihr Endergebnis ist aber zu unbefriedigend, als daß sie dem wahren Willen des Gesetzgebers entsprechen könnte. Ihre Richtigkeit vorausgesetzt, wären z. B. die Verkuppelung des Mündels durch den Vormund, die Unzucht des Vormunds mit dem Mündel, die absichtliche Unterbringung des Mündels in einer schlechten Familie, um dasselbe moralisch zu ruinieren [11]), u. a. auch unter die Untreue zu ziehen, so daß der Tatbestand der Ziffer 1 des § 266, Abs. I StGB. „aller festen Grenzen entbehren" würde [12]), während bezüglich der Ziffern 2 und 3 des § 266, Abs. I StGB. nach wie vor ein Vermögensvorteil erforderlich wäre, da insoweit ja die Ausführungen Ammons einerseits überhaupt nicht zutreffen, andererseits aber die oben erwähnte, ebenfalls auf den Wort-

7) so auch Cartier S. 115.
8) so Dörr S. 51.
9) S. 632.
10) S. 44 ff.
11) so Richard Schmidt S. 215.
12) so Mayer S. 144.

laut sich stützende Begründung für das Gegenteil nicht entkräften können. Die Folge wäre sonach ein Deliktstatbestand, der das Verschiedenartigste enthalten würde, und wie Binding [13]) sich ausdrückt, „einfach ungeheuerlich“ wäre. „Außerdem aber wäre die Gleichstellung des Angriffs auf ethische und ökonomische Werte, welche in einer solchen Auslegung gegeben wäre, im deutschen Strafrecht sonst ohne Beispiel“[14]). Denn das „Verbrechen am Seelenleben eines Menschen“ wird vom geltenden Strafrecht überhaupt nicht getroffen [15]).

Da die Natur eines Vermögensdeliktes überdies namentlich auch aus der Zusammenstellung von Untreue und Betrug folgt, dürfte es daher richtiger sein, die Alternative „Personen oder Sachen“ mit Binding [16]) daraus zu erklären, „daß an erster Stelle dem Vormund der Mündel, dem Testamentsvollstrecker und Sequester aber der Nachlaß oder ein Grundstück anvertraut ist“. Ebermayer [17]) will die „auffallende, unklare Ausdrucksweise“ „allenfalls daraus erklären, daß in der Gruppe 1 teils natürliche und juristische Personen, aber selbstverständlich nur als Vermögensträger, teils Sachen als Gegenstand der Aufsicht erwähnt sind“[18]).

Zugunsten der herrschenden Meinung spricht endlich auch die Tatsache, daß Abs. II des § 266 StGB. lediglich den engeren Begriff „Vermögensnachteil“ verwendet. Denn, wenn der Gesetzgeber schon die „ungleich verwerflicheren“ „treulosen Beschädigungen persönlicher Interessen“[19]) hätte unter Strafe stellen wollen, dann wäre nicht einzusehen, warum er bloß die aus Eigennutz begangene Untreue schärfer hätte bestraft wissen wollen [20]).

Auffallend ist schließlich weiterhin, daß die Materialien zum StGB. in dieser Hinsicht sich völlig totschweigen, woraus wiederum nicht zu Unrecht gefolgert wird, daß die Untreue eben doch lediglich eine Vermögensbeschädigung voraussetzt.

---

13) S. 396.
14) Mayer S. 144.
15) Richard Schmidt S. 215.
16) S. 396.
17) L. K. S. 871.
18) ebenso Mayer S. 61 ff.
19) so Ammon S. 44.
20) König S. 20, Oberstadt S. 18.

Der Begriff des Vermögens ist hiebei wie beim Betrug im wesentlichen wirtschaftlich zu verstehen [21]). Vermögen ist sonach „wirtschaftliche Macht, ist alles das, was für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person Wert hat, ist somit ein Inbegriff von Werten, oder da im System der Geldwirtschaft jeder Wert in Geld ausgedrückt werden kann: die Summe der geldwerten Güter einer Person“ [22]) oder, wie Ebermayer [23]) es kurz ausdrückt, ist die Summe alles dessen, was für eine Person einen in Geld ausdrückbaren wirtschaftlichen Wert hat [24]).

Eine Benachteiligung bzw. also Vermögensschädigung aber liegt immer und nur dann vor, wenn durch die Verfügung das Vermögen in seinem Gesamtwert gemindert worden ist [25]). Eine Vermögensgefährdung insbesondere stellt erst dann einen Nachteil dar, wenn das Vermögen durch die Gefährdung schon gegenwärtig in seinem Werte vermindert erscheint [26]).

Im einzelnen ist zu beachten, daß bei der Prüfung, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, „der Vermögensstand, der in Wirklichkeit unmittelbar der Verfügung vorausging mit dem durch sie hervorgerufenen zu vergleichen“ [27]), eine durch die Verfügung etwa erworbene Gegenforderung also mit in Rechnung zu stellen ist, da ja die Frage der Schädigung am Stande des Gesamtwerts zu ermessen ist. Ist diese Gegenforderung in allen Dingen wie z. B. Wert [28]), Sicherheit, Fälligkeit usw. wirtschaftlich völlig gleichwertig [29]), dann ist ein Schaden und damit das Vorliegen einer Untreue zu verneinen. Ist die Gegenforderung dagegen minderwertig, unsicher oder erst später fällig [30]), dann ist der Auftraggeber als geschädigt zu betrachten und der Täter,

---

21) so RGSt. 14, 404; 27, 40, Richard Schmidt S. 215; a. M. Binding S. 236. 341. Gerland S. 436; letzterer hält den Begriff des Vermögens für einen reinen Rechtsbegriff, nicht aber einen Wirtschaftsbegriff.

22) so die Vereinigten Strafsenate in RGSt. 44, 333; ferner in 16, 1.

23) L. K. S. 854.

24) vgl. hiezu ausführlich auch Mayer S. 145 ff. und Grünhut S. 116 ff.

25) so RGSt. 16, 1; 53, 194; 64, 181; Mayer S. 300.

26) so RGSt. 16, 81; 53, 194; 58, 391, Olshausen S. 1439.

27) so RGSt. 64, 182.

28) Untreue durch Hingabe von Geldmitteln für einen unwirtschaftlichen Zweck (J. W. 1931, 619) oder eine verlorene Sache (RGSt. 61, 211).

29) dazu Grünhut S. 121: „Vermögensschaden liegt vor, wenn der Wert des Geleisteten hinter dem Empfangenen zurückbleibt“.

30) RGSt. 63, 254; Recht 1930, Nr. 2317.

falls auch die übrigen Voraussetzungen vorliegen, der Untreue schuldig.

Schädigungen des Auftraggebers sind besonders häufig in Fällen, in denen der Bevollmächtigte das Recht oder gar die Aufgabe der Krediteinräumung hat. Eine wichtige Rolle spielt hiebei das Moment der Vermögensgefährdung und zwar ist für die Frage der Schädigung hier entscheidend die Güte der erworbenen Gegenforderung zur Zeit der Hingabe des Kredits [31]).

2. Kapitel.

Die Untreue der Personen mit öffentlichem Vertrauen.

§ 8. Die deliktstauglichen Personen gemäß Ziffer 1 des § 266, Abs. I StGB.

Als mögliche Täter zählt Ziffer 1 des § 266, Abs. I StGB. auf: „Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen". Diese Aufzählung ist im Gegensatz zu Aufzählungen in anderen Strafgesetzbestimmungen, in denen das Gesetz den Willen nur beispielsweiser Aufzählung mehr oder weniger deutlich erkennen läßt [1]), mit der herrschenden Meinung als erschöpfend zu betrachten [2]).

Eine sinngemäße Ausdehnung des in Ziffer 1 umgrenzten Personenkreises ist daher schlechthin unzulässig. Dies erfordert die Sicherheit der Rechtspflege, die es verbietet, etwa auf Grund der Erwägung, daß dieser oder jener doch genau so wie Vormünder, Kuratoren usw. die Möglichkeit habe, Untreue zu begehen, daß mithin zur Sicherung von Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehre eine Lücke im Gesetz ausgefüllt werden müsse, das gegebene Strafgesetz durch Analogie über seinen gesetzlichen Rahmen hinaus auszudehnen.

---

31) vgl. hiezu RGSt. 61, 1; 61, 211; ferner Ehrlich S. 184.

1) so z. B. in § 266, Abs. I, Ziffer 3 StGB., ferner in den §§ 90, Ziffer 2, 110, 117, Abs. II, 142, 150, 169, 179, 184 Ziffer 1, 223 a, 243 Ziffer 3 und 4, 301 StGB.

2) RGSt. 39, 383, L. K. S. 872, Mayer S. 123, Gerland S. 519.

Für die Auslegung der Begriffe „Vormünder, Kuratoren usw." im Sinne der Ziffer 1 des § 266, Abs. I StGB. sind natürlich nicht die Bestimmungen des BGB. maßgebend; entscheidend hiefür ist vielmehr, welchen Begriff das StGB. seither und schon vor der Einführung des BGB. mit den Worten „Vormünder, Kuratoren usw." verbunden hat[3]). Dabei ist zu beachten, daß durch das StGB. bei seinem Erscheinen einheitliche Begriffe geschaffen werden sollten und ihre Bedeutung derjenigen, welche den einzelnen Begriffen seiner Zeit in den einzelstaatlichen Gesetzgebungen zukam, keineswegs völlig gleichzustellen ist. Andererseits darf nicht vergessen werden, daß sich das RStGB. in seiner Terminologie an das preußische StGB., auf das es größtenteils zurückgeht, eng angeschlossen hat[4]).

„Vormünder" im Sinne der Ziffer 1 sind hienach der Vormund sowie jeder Mitvormund über Minderjährige sowohl wie über Volljährige, gleichviel aus welchen Gründen er bestellt wurde[6]). Streitig ist aber die Frage, ob auch der Gegenvormund hierher zu rechnen ist. Die herrschende Meinung wie auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts beantworten diese Frage zwar in bejahendem Sinne[7]), zum Teil aber mit sehr zweifelhaften Gründen. Völlig unzureichend ist vor allem die Begründung des Reichsgerichts in jener Entscheidung[8]), in der gesagt wird, § 266, Ziffer 1 spreche allgemein von Vormündern, umfasse mithin alle Arten derselben, also auch den Gegenvormund der preußischen Vormundschaftsordnung, wie denn auch ein solcher Gegenvormund bei seiner kontrollierenden Tätigkeit sehr wohl in der Lage sei, eine Untreue gegen das Mündel zu verüben. Dem ist entgegenzuhalten, daß, wie bereits eingangs hervorgehoben wurde, die bloße Möglichkeit, eine Untreue zu begehen, eine Ausdehnung der Strafvorschrift auf den Gegenvormund in keiner Weise rechtfertigt. Sodann ist daran zu erinnern, daß das Gesetz auch in § 174, Abs. I, Ziffer 1 StGB.

---

3) Nach Mayer S. 123 muß die „Feststellung, welche Personenkategorieen unter § 266 StGB. gehören, nach rein formalen, sprachlich historischen Gesichtspunkten erfolgen".

4) Mayer S. 125.

5) Rubo S. 685/6.

6) §§ 1773, Abs. I und II, 1707 BGB.

7) So Binding S. 399, Olshausen S. 1441, L. K. S. 872, Frank S. 603, RGSt. 35. 338; 2, 345, zweifelnd Freudenthal S. 108; a. M. Mayer S. 127.

8) RGSt. 2, 346.

von „Vormündern“ spricht, ohne anerkanntermaßen [9]) hiermit alle Arten derselben, also auch den Gegenvormund zu umfassen, eine Auslegung, die in diesem Fall allerdings auch noch eine Stütze im Gesetz selbst findet. Vor allem ist aber darauf hinzuweisen, daß es das Gesetz in § 34, Ziffer 6 StGB. selbst für nötig hielt, den Gegenvormund neben dem Vormund besonders zu benennen [10]).

Es dürfte daher vielmehr richtiger sein, den Gegenvormund nicht hierher zu zählen. Denn er beaufsichtigt den Vormund lediglich, ohne, wie die anderen in Ziffer 1 genannten Personen, im Besitze einer Vertretungsmacht zu sein [11]). Seine Stellung ähnelt somit, was auch das Reichsgericht zugibt [12]), derjenigen des Beistandes. Das Reichsgericht dehnt allerdings die Ziffer 1 auch auf den Gegenvormund aus, geht dabei aber von der oben für unrichtig erklärten Voraussetzung aus, daß „über die Zugehörigkeit zu der einen oder anderen der im Gesetz vorgesehenen Personenklassen entscheiden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts“ [13]).

Den Beistand rechnet auch das Reichsgericht nicht unter die Personen der Ziffer 1, obwohl er gemäß § 1687 BGB. die Stellung eines Gegenvormunds hat [14]). Nicht hierher zu rechnen ist weiter auch der elterliche Gewalthaber [15]), dessen Stellung weit freier ist, ebensowenig gehört natürlich der Ehemann als Verwalter des eingebrachten Gutes hierher [16]). Als Vormund im Sinne der Ziffer 1 ist dagegen unbedenklich anzuerkennen der Vater, soweit er gemäß § 1903 BGB. als Vormund bestellt ist [17]). Dasselbe gilt für den Vormund in den Fällen der §§ 1696/7 BGB., in denen der Mutter zwar die Sorge für die Person des Mündels zusteht, dem Vormund aber die Sorge für das Vermögen des Mündels obliegt [18]).

---

9) RGSt. 57, 238.
10) so schon Mayer S. 127, Freudenthal S. 108.
11) Binding S. 399 zählt trotz Fehlens einer Vertretungsmacht den Gegenvormund zu den deliktstauglichen Personen der Ziffer 1 des § 266 StGB. (Mayer S. 127).
12) RGSt. 35, 340.
13) RGSt. 35, 339; vgl. dagegen RGSt. 57, 326.
14) RGSt. 35, 339, ebenso Olshausen S. 1441.
15) §§ 1627 ff. BGB.
16) so Gerland S. 518.
17) L. K. S. 872, Mayer S. 128.
18) Olshausen S. 1441.

Nicht hier einzureihen ist dagegen wiederum der Amtsvormund des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes (RJWG.)[19]. Nach § 32 RJWG. kann zwar das Jugendamt die Ausübung der vormundschaftlichen Obliegenheiten, wozu auch die Sorge für das Vermögen des Mündels gehört[20], einzelnen seiner Mitglieder[21] oder Beamten übertragen mit der Folge, daß im Umfange der Uebertragung nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung[22] die Mitglieder und Beamten in diesem Falle zur gesetzlichen Vertretung der Mündel befugt sind. Das Jugendamt verliert aber auch nach der Uebertragung der Ausübung der vormundschaftlichen Obliegenheiten seine Eigenschaft als Vormund nicht, sondern bleibt Vormund. Es verbleiben dem Jugendamt insbesondere alle Rechte und Pflichten eines Vormunds, was u. a. der Tatsache zu entnehmen ist, daß in den Reichstagsverhandlungen die Formulierung: „Diese (nämlich die Mitglieder und Beamten) haben alle Rechte und Pflichten eines Vormunds für die ihrer Fürsorge unterstellten Mündel, soweit nicht dieses Gesetz Ausnahmen bestimmt" seiner Zeit ausdrücklich abgelehnt wurde. Die nunmehrige Fassung aber sollte für das Jugendamt die Möglichkeit nicht ausschließen, im Innenverhältnisse die Befugnisse des Untervormunds tatsächlich zu begrenzen, so daß also die Mitglieder und Beamten auch im Umfange der Uebertragung trotz der Wendung „zur gesetzlichen Vertretung der Mündel befugt" in erster Linie Vertreter des Jugendamts sind[23].

Zu demselben Ergebnis kommt auch das Reichsgericht[24], wenn auch mit anderer, m. E. schiefer Begründung. Denn es ist zwar richtig, daß ein Beamter eines Jugendamts, wenn ihm gemäß § 32 JWG die vormundschaftlichen Obliegenheiten und damit die Verwaltung des Vermögens eines unehelichen Kindes übertragen worden sind, „nicht in einer privatrechtlichen Stellung, sondern in seiner Eigenschaft als zum Vormund bestellter Beamter, mithin in amtlicher Eigenschaft die seinem Mündel gehörigen Gelder in Empfang genommen hat." Ein Grund für den Ausschluß der Ziffer 1 des § 266 StGB. ist dies aber nicht, denn wie das Reichs-

19) Anderer Ansicht Olshausen S. 1442.
20) §§ 1793 ff. BGB.
21) vgl. § 9, Abs. II JWG.
22) § 32. S. 3 JWG.
23) Becker S. 109, Behrend S. 236/7; etwas abweichend Friedeberg-Polligkeit S. 316.
24) in RGSt. 60, 311.

gericht bereits einmal selbst entschieden hat[25]), kommt es darauf, wann und wie man in den Besitz solcher Gelder gekommen ist, für die Frage, ob Untreue vorliegt, gar nicht an.

Der Begriff „Kuratoren" ist, wie aus der Nebeneinanderstellung von Vormündern und Kuratoren in dieser Vorschrift wie auch in § 34 Ziffer 6 StGB. zu folgern ist, in technischer Bedeutung gebraucht. Er setzt also nach Maßgabe des geltenden bürgerlichen Rechts ein kraft Gesetzes bestehendes Schutzverhältnis voraus und zwar sind Kuratoren im Gegensatz zu Vormündern diejenigen, welchen nicht die allgemeine Fürsorge für die Person und das Vermögen ihrer Schutzbefohlenen, sondern die Wahrung spezieller und vorwiegend sachlicher Interessen übertragen ist[26]). Als Kuratoren sind demnach zu betrachten die Pfleger des BGB.[27]) und wohl auch der Beistand der Mutter, soweit ihm gemäß § 1693 BGB. die Stellung eines Pflegers zukommt. Nicht hierher zu rechnen ist dagegen der „Helfer", der nach § 58 JWG. die Schutzaufsicht über den Minderjährigen ausübt, weil er im wesentlichen die Stellung eines Mutterbeistandes einnimmt[28]). Ebensowenig gehören hierher der dem früheren Recht unbekannte Nachlaßverwalter und der Konkursverwalter, „da sie entgegengesetzte Interessen auszugleichen haben, mithin einen viel weiteren Amtskreis versehen"[29]).

Die Güterpfleger sind heute nur eine besondere Art der Pfleger überhaupt und praktisch fast ohne Bedeutung[30]).

An Stelle der Sequestration des früheren preußischen Rechts[31]), aus dem der Begriff „Sequester" übernommen worden ist, ist die Zwangsverwaltung des heutigen Rechts getreten. Den Sequestern, unter denen durch die Obrigkeit bestellte mit der Verwaltung oder Verwahrung beweglicher oder unbeweglicher Sachen betraute Personen verstanden werden, sind sonach die Zwangsverwalter

---

25) in RGSt. 29, 418.

26) so RGSt. 24, 110; vgl. Mayer S. 129; nach preußischem Landrecht Teil II, Titel 18, § 4 ist Kurator „wer entweder nur die Sorge für die Person eines anderen übertragen erhält, oder wer für einen anderen zur Erledigung bestimmter Einzelgeschäfte oder bestimmter Kreise von Angelegenheiten ernannt wird".

27) §§ 1909 — 14 BGB., ebenso Binding S. 399, Olshausen S. 1441, L. K. S. 872, Gerland S. 518, Frank S. 603.

28) Recht 1924, Nr. 1354; Friedeberg-Polligkeit S. 462.

29) Mayer S. 130.

30) Kipp in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, 2, S. 557/8, Mayer S. 128.

31) Allgem. Gerichtsordnung Teil I, Titel 24 §§ 117, 121 ff.

des heutigen Rechts [32]) beizuzählen. Ferner sind mit der herrschenden Meinung [33]) hierher zu rechnen die Sequester bei Nießbrauch und Nacherbschaft, sowie die Vertrauenspersonen im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses [34]).

Den Massenverwaltern werden allgemein hauptsächlich die Nachlaßverwalter und die Konkursverwalter zugerechnet [35]). Letztere sind weder Bevollmächtigte des Gemeinschuldners, noch der Gläubiger und fallen daher nicht unter die Ziffer 2 des § 266 StGB. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses zählen dagegen nicht hierher, da sie an der Verwaltung der Konkursmasse nicht teilnehmen, eine Vermögensmasse ihrer Verwaltung sonach nicht unterworfen ist [36]).

Vollstrecker letztwilliger Verfügungen sind die Testamentsvollstrecker des heutigen Rechts [37]); sie sind jedoch nur insoweit deliktstauglich, als die Durchführung letztwilliger Verfügungen in Frage steht.

Verwalter von Stiftungen endlich sind die von der zuständigen Behörde ernannten Vorstände staatlich genehmigter Stiftungen privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur [38]). Sie können auch Beamteneigenschaft haben [39]).

Die Deliktstauglichkeit dieser in Ziffer 1 genannten Personen dauert von Beginn des fraglichen Amts bis an dessen Ende. Fraglich ist nun aber, in welchem Zeitpunkt Beginn bzw. Ende des Amtes fallen. Für den Beginn wird zwar allgemein der auch zivilrechtlich bedeutsame Zeitpunkt der Uebernahme des Amtes als entscheidend angesehen [40]), unklar ist aber, was unter dem Ende des Amtes im strafrechtlichen Sinne zu verstehen ist. Die Beendigung der fraglichen Aemter ist wohl im Gesetz im allgemeinen

---

32) §§ 848, 855, 938 ZPO., §§ 150, 152, 154 ZVG.; vgl. auch RGSt. 38, 190, JW. 1929, 1469.

33) Olshausen S. 1444.

34) §§ 1052, 2128 BGB.; § 40 Vgl. O.

35) so RGSt. 26, 108 unter Bezugnahme auf RGZ. 29, 29; ebenso Olshausen 1443, L. K. S. 872, Mayer S. 132, Gerland S. 517, Frank S. 603.

36) RGSt. 39, 386.

37) §§ 2197 ff. BGB., § 2203 BGB.; Mayer S. 133.

38) §§ 29, 80 ff. BGB.

39) Olshausen S. 1444.

40) Nach RGSt. 29, 418 wird die Anwendbarkeit des § 266 Ziffer 1 StGB. auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Vormund die den Gegenstand seiner Benachteiligungen bildende Sache des Mündels schon vor seiner Bestellung zum Vormunde auf Grund irgend welcher anderer Rechtsgrundlage in seinen Gewahrsam übernommen hatte.

ausdrücklich so geregelt, daß ihre Feststellung kaum Schwierigkeiten macht[41]). Mit dem Reichsgericht und der herrschenden Meinung ist aber die Dauer des Amtes darüber hinausgehend bis zur Erfüllung der mit dem Amt verbundenen Herausgabepflicht zu erstrecken, denn so lange dauert auch die mit dem Amt verliehene Möglichkeit zu benachteiligenden Verfügungen auf Grund des früheren Vertrauensverhältnisses[42]).

Wie dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen ist, kommen die in Ziffer 1 genannten Personen als deliktstauglich nur insoweit in Betracht, als sie wirklich auch Vormünder, Kuratoren usw. sind und als solche zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln. Es ist darum notwendig, daß die Bestellung zu dem in Frage kommenden Amte rechtsgültig erfolgt ist. Wer versehentlich zum Vormund eines Volljährigen bestellt wird, ist z. B. nicht Vormund[43]). Die Bestellung eines Geschäftsunfähigen oder eines wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten zum Vormund ist nichtig[44]). Dagegen macht die Untauglichkeit der bestellten Person[45]) oder die Bestellung durch ein örtlich nicht zuständiges Gericht die Ernennung nicht unwirksam. Nichtig ist andererseits aber wieder die Bestellung seitens eines sachlich unzuständigen Gerichts[46]).

§ 9. Die deliktstauglichen Personen gemäß Ziffer 3 des § 266, Abs. I StGB.

Ziffer 3 des § 266, Abs. I StGB. zählt im Gegensatz zu Ziffer 1 die möglichen Täter nicht erschöpfend auf, sondern bezeichnet als solche nach Aufführung von Beispielen wie Feldmesser, Versteigerer usw. ganz allgemein Personen, die „zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtet" sind. Sie schließt sich bei ihrer Aufzählung in engster Weise an § 36 Gew.O. an,

---

41) §§ 1882, 1893, 1682, 1908 ff., 1915, 1918 ff., 2225 ff., 1988, 2218, 674, 86, 88, 42 usw. BGB.

42) RGSt. 17, 241; 45, 434 (Bedeutung der Kenntnis vom Ende der Vormundschaft); Binding S. 402, L. K. S. 873, Mayer S. 143, Frank S. 603.

43) RGSt. 11, 201.

44) Kipp a. a. O. S. 449, § 1780 BGB.

45) Kipp a. a. O. S. 449/50; §§ 1781/4.

46) vgl. im übrigen ausführlich hiezu Mayer S. 138 ff., L. K. S. 873, Olshausen S. 1442; RGSt. 45, 309 behandelt die Frage der Wirksamkeit der vor einem deutschen Gericht über einen Ausländer irrigerweise eingeleiteten Vormundschaft.

dem die beispielsweise aufgeführten Täter bei Schaffung de norddeutschen StGB., des Vorläufers des RStGB., seiner Zei großenteils entnommen worden sind [1]). § 36 Gew.O. stellt nu wohl eine obrigkeitliche Verpflichtung als Voraussetzung fü den Betrieb der in ihm genannten Gewerbe nicht auf. Mit den Reichsgericht ist aber trotzdem anzunehmen, daß „unter Ziffer des § 266 StGB. nur solche Gewerbetreibende fallen, die zum Be triebe ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtet sind": denn „sie und nur sie sollen im Hinblick auf das ihnen kraft der obrig keitlichen Verpflichtungen in erhöhtem Maße entgegengebracht Vertrauen des Publikums ihren Auftraggebern gegenüber zu be sonderer Treue verpflichtet und deshalb ähnlich wie die in Ziffer genannten gesetzlichen Vertreter bei jeder absichtlichen Be nachteiligung ihrer Auftraggeber strafbar sein" [2]). Personen, di nicht verpflichtet sind [3]), oder deren Verpflichtung lediglich seitens einer „Korporation" und nicht durch die gemäß § 3 Gew.O. „verfassungsmäßig dazu befugten Staats- oder Kom munalbehörden" erfolgt ist, gehören nicht hierher.

Aus der Fassung der Vorschrift der Ziffer 3 ist sodann auch zu entnehmen, daß die Personen, auf die sie sich bezieht, Gewerbe treibende sein müssen. Unter Gewerbetrieb ist hiebei die be rufsmäßige und auf Erwerb gerichtete „Ausübung aller erlaubte Erwerbsarten, insbesondere Industrie, Handel und verwandte Er werbszweige, ausgenommen die Gewinnung roher Naturerzeug nisse, die höheren Berufsarten und den Gemeindedienst" zu ver stehen [4]). Staatsbeamte [5]) insbesondere Gerichtsvollzieher sind da her, auch wenn sie vermöge ihres Amtes gleiche oder ähnliche Aufgaben zu erfüllen haben, unter die Ziffer 3 nicht einzureihen denn wer Beamter ist, ist nicht Gewerbetreibender [6]).

Beim Vorliegen einer Verpflichtung im Sinne des § 36 Gew.O sind im übrigen der nur Beispiele enthaltenden Reihe von Per sonen außerdem zuzurechnen die Bücherrevisoren, Gewerbe treibende, welche den Feingehalt edler Metalle, oder die Be schaffenheit, Menge oder richtige Verpackung von Waren irgend

1) Motive zum 3. Entwurf zum norddeutschen StGB. S. 130.
2) RGSt. 44. 68; ebenso Olshausen S. 1467/8. L. K. S. 881. Gerland S. 518
3) RGSt. 44, 68.
4) so Landmann S. 43/44 und 59/60; ähnlich Rohrscheid S. 2 ff.
5) vgl. hiezu § 359 StGB. und die Kommentare.
6) Rohrscheid S. 295, RGSt. 56, 101 (Ger.Vollz. betr.).

einer Art feststellen [7]), wie z. B. Chemiker und Elektrotechniker [8]), nicht dagegen die Markscheider, welche nicht zu den Feldmessern zu rechnen sind [9]). Die Mäkler sind heute mehr oder weniger ausgeschieden, da das geltende Handelsgesetzbuch Mäkler im eigentlichen Sinne, d. h. amtlich bestellte Mäkler nicht mehr kennt [10]). Vereidigt, d. h. „verpflichtet" im Sinne der Ziffer 3 werden heute nur noch die Börsenmakler [11]).

§ 10. Die Untreuehandlung in den Fällen der Ziffern 1 und 3 des § 266 Abs. I StGB.

Die Untreuehandlung besteht sowohl in den Fällen der Ziffer 1 wie auch in denen der Ziffer 3 in einem „Handeln zum Nachteil" oder, wie Ziffer 3 völlig gleichbedeutend sich ausdrückt, in einem „Benachteiligen". Wie schon oben dargelegt wurde, ist man sich heute darüber einig, daß hiebei unter „Nachteil" nicht jedweder Nachteil sondern nur ein Vermögensnachteil zu verstehen ist [1]). Hervorgehoben wurde auch schon, daß der Begriff „Vermögen" andererseits rein wirtschaftlich, nicht juristisch aufzufassen ist [2]).

Zweifel herrschen lediglich insoweit, als die abweichende Wortfassung in den Ziffern 1 und 3 des § 266, Abs. I StGB. . . . „wenn sie . . zum Nachteile . . . handeln" und . . . „wenn sie . . . benachteiligen . . ." die Frage offen läßt, ob ein „zum Nachteil handeln" nach § 266, Abs. I, Ziffer 1 StGB. schon dann vorliegt, wenn das Verhalten eines Vormundes usw. zu einer Benachteiligung des Mündels usw. führen kann, oder ob, wie im Falle des „benachteiligen" der Ziffer 3 des § 266 Abs. I StGB. allgemein angenommen wird, auch im Falle der Ziffer 1 der wirkliche Eintritt eines Vermögensnachteils als Folge der Handlung erforderlich ist. Gegen Ammon [3]) ist diese Frage mit der herrschenden Meinung dahin zu entscheiden, daß die Handlung, wie in den Fällen der Ziffern 2 und 3 des § 266 Abs. I StGB. auch in dem Falle der Ziffer 1 sich erst mit dem Eintritt des Nachteils vollendet, ohne Eintritt

7) § 36 Gew.O.
8) Landmann S. 499.
9) Landmann S. 498, 456; a. M. Olshausen S. 1468, Ammon S. 55.
10) Binding S. 400, L. K. S. 881/2.
11) § 30 Börsengesetz.
1) s. o. S. 25 ff.
2) s. o. S. 28 ff.
3) S. 48.

eines solchen sonach lediglich ein übrigens strafloser Versuch einer Untreue vorliegt [4]). Eine durch das Verhalten des Täters herbeigeführte Vermögensgefährdung genügt daher auch erst dann, wenn das Vermögen durch die Gefährdung schon gegenwärtig in seinem Werte vermindert erscheint [5]).

Wie die Benachteiligung im einzelnen sich vollzieht, ist belanglos. Sie kann durch jede tatsächliche und rechtliche Handlung erfolgen [6]) und muß daher keinen rechtsgeschäftlichen Charakter tragen [7]). Voraussetzung ist nur, daß sie in innerem Zusammenhang mit der dem Täter anvertrauten Stellung steht. Möglich ist darum auch die Form der Unterlassung, so z. B. wenn der Vormund eine Klage nicht rechtzeitig erhebt mit der beabsichtigten Wirkung des Eintritts der Verjährung oder, wenn er es unterläßt, ein Recht zu erwerben [8]).

In der Ziffer 1 des § 266, Abs. I StGB. muß sich die benachteiligende Handlung auf die der „Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen" beziehen. Hiebei sind unter „Sachen", abweichend vom Sprachgebrauch des bürgerlichen Rechts, alle aktiven Vermögensbestandteile zu verstehen [9]).

In den Fällen der Ziffer 3 des § 266, Abs. I StGB. ist es genügend, wenn die Benachteiligung „bei" den den Tätern übertragenen Geschäften, also „gelegentlich" der ihnen übertragenen Geschäfte erfolgt. Der Nachteil muß m. a. W. nicht „durch" die übertragenen Geschäfte herbeigeführt worden sein [10]).

---

4) so RGSt. 16, 88, L. K. S. 1439, Binding S. 402, Rubo S. 879, Gerland S. 518, Hegler S. 152.

5) so RGSt. 16, 81; 53, 194; 58, 391; Olshausen S. 1439.

6) Freudenthal S. 115, Mayer S. 167, Pfeiffer S. 85.

7) Anders die Anhänger der Mißbrauchstheorie s. o. S. 16, vgl. auch Gerland S. 518.

8) Weitere Beispiele siehe Binding S. 401; ebenso Gerland S. 518.

9) Herrmann S. 32, Gerland S. 518.

10) Mayer S. 217/18, Herrmann S. 32.

3. Kapitel.

Die Bevollmächtigtenuntreue des § 266, Abs. I, Ziffer 2 StGB. unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts.

§ 11. Allgemeines.

Es ist schon oben [1]) ausgeführt worden, daß die Ziffer 2 des § 266. Abs. I StGB. in unser StGB. erst kurz vor Redaktionsschluß, nachdem man sich endlich über die Bedenken gegen Strafvorschriften zum Schutze rein privatrechtlicher Verpflichtungsverhältnisse hinweggesetzt hatte, aufgenommen worden ist und zwar zu dem ausgesprochenen Zwecke, den Unterschlagungstatbestand zu ergänzen.

Wie sich aber bald zeigte, war ihre Fassung, die sich an § 287 des sächsischen Strafgesetzbuchs anlehnte, sehr unglücklich geraten. Denn gerade in den wichtigsten Fällen, in denen nämlich, in welchen formell dem Täter selbst die Forderung oder die Vermögensstücke zustanden, wurde der mit Einfügung des Tatbestands der Bevollmächtigtenuntreue verfolgte Zweck nicht erreicht, da in allen diesen Fällen von einer Verfügung des Täters über eine Forderung oder ein anderes Vermögensstück des Auftraggebers nicht die Rede sein kann.

Unglücklich ist ihre Fassung vor allem aber insofern, als jedes ihrer Worte mehrdeutig ist und ihre Anwendung auf die praktischen Fälle des Lebens von Anfang an die größten Schwierigkeiten bereitete. Die in ihr verwendeten Ausdrücke „Bevollmächtigte", „Forderungen", „Vermögensstücke", „Auftraggeber", „verfügen" sind ja doch in ihrer Bedeutung alle sehr umstritten. Teilweise gar im geltenden bürgerlichen Recht noch nicht ganz klar, entbehrten diese Begriffe in der Gesetzessprache der Zeit, welcher sie entwachsen und aus welcher heraus sie zu verstehen sind [2]), völlig der Genauigkeit und scharfen Umgrenzung.

Die Aufgabe, diese vieldeutigen Begriffe unter Beachtung des Verbots erweiternder Auslegung der Strafgesetze richtig aus-

1) s. o. S. 6.
2) Mayer S. 228, Bendix in JW. 1931, 176 ff.

zulegen, gestaltete sich daher für Wissenschaft und Praxis in der Folge sehr schwierig. Wie unten zu zeigen sein wird, wurde sie auch nicht immer glücklich und oft nur mit Hilfe kompliziertester Konstruktionen, je nach der Auffassung über das Wesen der Untreue überdies auch sehr verschieden gelöst.

Das Reichsgericht insbesondere, das die Anwendung der Ziffer 2 des § 266, Abs. 1 StGB. bis zum Jahre 1926 nur in sehr beschränktem Rahmen zuließ, ging neuerdings in seiner Tendenz zu fortschreitender Loslösung der strafrechtlichen Begriffe vom Zivilrecht und in seinem Bestreben, die Auslegung auch der Strafgesetze „dem jeweiligen Stande der Erkenntnis und der Bedürfnisse des Lebens" anzupassen[3]), zu einer sehr weitgehenden Auslegung der in Frage stehenden Begriffe über, die nicht ganz unbedenklich erscheint und mit Recht den Protest namhafter Wissenschaftler und Praktiker hervorgerufen hat, zumal nicht abzusehen ist, wie weit das Reichsgericht in seiner ausdehnenden Auslegung noch gehen wird[4]).

Die Entwicklung dieser neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Bevollmächtigtenuntreue aufzuzeigen, soll hauptsächlich Aufgabe dieser Ausführungen sein.

§ 12. Der Begriff des Bevollmächtigten.

Als Täter der Bevollmächtigtenuntreue kommen nach § 266, Abs. 1 Ziffer 2 StGB. nur „Bevollmächtigte" in Frage. Was der Gesetzgeber unter diesem Begriff verstanden wissen wollte, ist äußerst bestritten.

Da ein allgemein anerkannter Vollmachtsbegriff bei Erlaß des Strafgesetzbuchs nicht bestand, die scharfe Trennung von Vollmacht und Auftrag vor allem noch nicht durchgeführt war, ist aus dem Wortlaut für die Auslegung nichts Genaues zu ent-

---

3) RGSt. 63, 253.

4) James Goldschmidt warnt so in der Morgenausgabe des Berliner Tageblattes vom 1. 10. 29 aus Anlaß seiner Ausführungen zum 50jährigen Jubiläum des Reichsgerichts: „Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete . . . der Untreue hat stärkste Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Verbote erweiternder Auslegung der Strafgesetze erregt"; vgl. auch Grünhut S. 116 ff. und Bendix in JW. 1931, 176 ff.

nehmen [1]). Da ferner auch die Entstehungsgeschichte in dieser Richtung keine Anhaltspunkte gibt, gehen die Meinungen über die Tragweite dieses Begriffes sehr auseinander.

Die Vertreter der Mißbrauchstheorie [2]), deren Meinung sich, wie oben dargelegt wurde [3]), nicht zuletzt gerade auf diesen Begriff der Ziffer 2 des § 266, Abs. I StGB. stützt, verstehen den Begriff „Bevollmächtigte" in rein zivilrechtlichem Sinne. Derselben Ansicht sind die Anhänger der Geschäftsführungstheorie [4]).

Nach dieser Auffassung können nur solche Handlungen unter die Bevollmächtigtenuntreue der Ziffer 2 fallen, die ihre rechtliche Grundlage in einer Vollmacht, d. h. einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht haben.

Voraussetzung für ein ungetreues Handeln ist hienach rechtswirksame Vollmachtserteilung und Gültigkeit des Kausalgeschäfts: die dem tauglichen Täter verliehene Befugnis muß mit a. W. rechtlichen Bestand haben [5]). Denn nur eine rechtliche Machtstellung bzw. Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge, die zu Recht besteht, kann mißbraucht bzw. verletzt werden [6]). Nichtigkeit und Unwirksamkeit der Vollmacht schließen daher eine Bestrafung wegen Bevollmächtigtenuntreue aus [7]).

Nichtig aber ist die Vollmacht z. B., wenn sie nicht unter Beobachtung der gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Formen erteilt worden ist [8]). Die Vollmacht ist zwar im allgemeinen formlos gültig. Ist aber gesetzlich eine Form vorgeschrieben oder eine solche vertraglich vereinbart, so ist die Einhaltung dieser Form wesentliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vollmacht.

Liegt nicht ausnahmsweise eine abstrakte Vollmacht vor, so ist die Vollmacht sodann auch nichtig, wenn ihr Grundgeschäft

---

1) Mayer S. 228, Oetker S. 289.
2) Binding S. 399, Frank S. 603, Gerland S. 518, Hegler S. 152, Leopold S. 9, 12.
3) s. o. S. 15 ff.
4) Freudenthal S. 108, 115, v. Liszt 23. Auflage S. 477, Olshausen S. 1444 a. M. die Vertreter der Treubruchstheorie, z. B. L. K. S. 873.
5) a. M. die Vertreter der Treubruchstheorie.
6) Olshausen S. 1450.
7) § 125 BGB.
8) a. A. Gerland S. 518 und RGSt. 41, 265.

nichtig ist, etwa weil es gegen ein gesetzliches Verbot [9]) oder gegen die guten Sitten [10]) verstößt.

Unwirksam ist insbesondere z. B. die einem Minderjährigen erteilte Vollmacht, solange die Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters [11]) aussteht. Der Minderjährige wird daher unbeschadet der Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes tauglicher Täter erst mit dem Augenblick der Genehmigung seitens des gesetzlichen Vertreters. Die Eigenschaft beschränkter Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen schließt ja im übrigen die Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften namens anderer nicht aus [12]) [13]).

Eine Bestrafung wegen Untreue schließt daher ferner aus das völlige Fehlen einer Vollmacht. Ein solches Fehlen der Vollmacht kann entweder darauf zurückzuführen sein, daß es zu einer Vollmachtserteilung überhaupt nie gekommen ist [14]), oder seinen Grund darin haben, daß das Vollmachtsverhältnis ein Ende gefunden hat. In letzterem Falle bleibt Untreue allerdings über das eigentliche Vollmachtsende hinaus noch insoweit möglich, als die Vollmacht trotzdem noch weiter wirkt [15]).

Die Untreuehandlung muß sich weiter in den durch die Vollmacht gesteckten Grenzen halten und entfällt deshalb auch bei Ueberschreitung der Vollmacht. Ob eine solche vorliegt, läßt sich bei Vollmachten mit gesetzlich festgelegtem oder vermuteten Inhalt wie bei der Prokura [16]), der Handlungsvollmacht [17]), beim Ehevertrag u. a. an Hand der gesetzlichen Bestimmungen verhältnismäßig leicht feststellen. In den übrigen Fällen ist jeweils auf das Grundverhältnis zurückzugehen [18]).

Welcher Art dieses Grundgeschäft ist, ist belanglos. Man ist sich vor allem darin einig, daß die Vollmacht nicht nur auf einem Auftrag, sondern auch auf einem Dienstvertrag, Werkvertrag oder auch Gesellschaftsvertrag [19]) beruhen kann. Die uneinheitliche Terminologie der Ziffer 2, die neben den „Bevoll-

9) § 134 BGB.
10) § 138 BGB.
11) § 108 BGB.
12) § 165 BGB.
13) vgl. auch Olshausen S. 1451, 1445.
14) vgl. hiezu Mayer S. 248.
15) ebenso Frank S. 605, Leopold S. 35; §§ 169, 171 BGB.
16) § 49 HGB.
17) § 54 HGB.
18) Leopold S. 32 ff.
19) RGSt. 23, 315; 43, 432; Richard Schmidt S. 215.

mächtigten“ vom „Auftraggeber“ spricht, legt zwar die Folgerung nahe, daß nur Bevollmächtigte hierher gehören, deren Vollmacht sich auf einen Auftrag gründet. Allein diese Folgerung ist unzulässig, da, wie schon erwähnt, die scharfe Trennung von Vollmacht und Auftrag bei Erlaß des StGB. noch nicht erfolgt war und mit Frank [20]) deshalb unbedenklich behauptet werden kann, daß „Auftraggeber“ nur ein dem älteren Sprachgebrauch gemäßer laxer Ausdruck für „Vollmachtgeber“ ist. Gegen diese Folgerung spricht dann aber auch der Umstand, daß für den Auftrag Unentgeltlichkeit wesentlich ist, zutreffenden Falls also die Möglichkeit strafbarer Untreue um der bloßen Entgeltlichkeit willen ausgeschlossen sein sollte, was nicht angenommen werden kann [21]).

Auf Gesellschaftsvertrag beruht z. B. die inhaltlich an sich geregelte Bevollmächtigteneigenschaft beim vertretungsberechtigten Gesellschafter und Liquidator sowohl der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts [22]), als auch der offenen Handelsgesellschaft [23]). Auch die sonst inhaltlich gesetzlich geregelten Vollmachten der Vorstände juristischer Personen [24]), wie der Aktiengesellschaften [25]), Genossenschaften [26]), eingetragenen Vereine usw. [27]) sind hierher zu rechnen, da auch ihre Berufung letzten Endes in freier Weise erfolgt.

Nicht hierher gehören dagegen die gesetzlich bestellten Bevollmächtigten, z. B. alle Personen also, die gesetzlich eine Organstellung zwecks Vermögensverwaltung zugewiesen erhalten, „denn es fehlt der Auftraggeber, dessen Auftrag der Bevollmächtigte mißachtet, dessen Vermögen er geschädigt hat“ [28]). Da diese Personen aber meist unter die Ziffer 1 des § 266, Abs., I StGB. fallen, sind auch sie in der Regel taugliche Täter der Untreue.

Nicht hieher gehören endlich auch die Beamten. Denn ihre Vertretungsmacht beruht nicht auf einem Rechtsgeschäft privatrechtlichen Charakters, sondern auf öffentlich-rechtlicher Grund-

---

20) S. 604.
21) Frank S. 604.
22) RGSt. 43, 57.
23) RGSt. 19, 271; 23, 315; ebenso Leopold S. 29; a. M. Binding S. 399.
24) Mayer S. 239 ff.
25) RGSt. 7, 280.
26) RGSt. 3, 40.
27) Auch der Geschäftsführer einer G. m. b. H.
28) Binding S. 399.

lage. Auch widerspricht es schon dem Sprachgebrauch hier von einem „Bevollmächtigten" zu reden, da man im Verhältnis des Staates und des Beamten nie vom Bevollmächtigten und Auftraggeber spricht[29]).

Die Frage, ob der Gerichtsvollzieher unter § 266, Abs. I, Ziffer 2 fällt, beantwortet sich danach, ob man das interne Verhältnis zwischen ihm und der Partei als privatrechtliches Auftragsverhältnis auffaßt. Diese Frage ist zu bejahen[30]).

Weiter gehen hier die Anhänger der Treubruchstheorie, ihnen voran das Reichsgericht. Nach einer seiner frühesten Entscheidungen[31]) hat zwar „die Frage, ob jemand ein Bevollmächtigter ist", „nicht bloß eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Natur". Schon sehr früh aber hat das Reichsgericht in zahlreichen Fällen immer wieder betont, daß es für den Tatbestand der Untreue auf die Natur des zugrunde liegenden Verhältnisses, ob es bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art sei, oder ob es überhaupt rechtlichen Bestand habe, nicht ankomme[32]). Es hat diese Auffassung, die sich aus seiner Treubruchstheorie ganz zwangsläufig ergibt, da sich hienach allein schon aus dem tatsächlichen Bestehen eines Vertrauensverhältnisses eine Treupflicht ergibt, neuerdings[33]) wiederholt klar und deutlich zum Ausdruck gebracht. Danach greift das Treuverhältnis, das durch die Ziffer 2 des § 266, Abs. I StGB. geschützt werden soll, „ohne Rücksicht auf die zivilrechtliche Gestaltung der in Betracht kommenden Rechtsbeziehungen schon Platz, wenn dem Täter eine Vertrauens- oder Machtstellung eingeräumt wird, die es ihm ermöglicht, tatsächlich oder rechtlich über Vermögensstücke des Auftraggebers zu verfügen"[34]). Das Reichsgericht läßt kurzum in, wie schon betont, bedenklicher Weise „ganz allgemein ein Vertrauensverhältnis" zwischen zwei Personen genügen, „vermöge dessen die eine zur offenen oder verdeckten rechtsgeschäftlichen Vertretung der anderen bestellt ist und hierdurch die in der Natur des Verhältnisses begründete

29) vgl. Frank S. 604, Ammon S. 67, Binding S. 399, Gerland S. 518, Leopold S. 31, Freudenthal S. 109, Mayer S. 256, Oetker S. 290.
30) Gerland S. 518; a. M. RGZ. 82, 85; vgl. auch Binding S. 399.
31) RGSt. 3, 285.
32) RGSt. 61, 230.
33) RGSt. 61, 228; 62, 15; 63, 407.
34) RGSt. 63, 407.

rechtliche oder doch tatsächliche Möglichkeit der Verfügung über das Vermögen der anderen Person besitzt und ausübt"[35]).

Es faßt sonach den Begriff „Bevollmächtigte" im Sinne der Ziffer 2 im Gegensatz zur Mißbrauchs- und Geschäftsführungstheorie rein strafrechtlich auf und hält es deshalb u. a. für gleichgültig, ob das Grundgeschäft der Vollmacht gültig ist oder nicht. Denn „versagt das Gesetz dem in § 266, Ziffer 2 StGB. vorausgesetzten Rechtsverhältnis die zivilrechtliche Wirksamkeit, so kann dennoch der Bevollmächtigte in die Lage kommen, sei es durch Ausübung einer ihm übertragenen Vertretungsbefugnis nach außen, sei es durch Betätigung der ihm tatsächlich eingeräumten Verfügungsgewalt über eine Sache, in die Rechtsstellung des Machtgebers einzugreifen. Soweit dies geschieht, ist die in dem Vollmachtsverhältnis ruhende besondere Treupflicht begründet, deren Verletzung in § 266, Ziffer 2 mit Strafe bedroht ist. Es handelt sich hierbei nämlich nicht um eine nach zivilrechtlichen Grundsätzen aus dem Rechtsverhältnis sich ergebende Rechtsfolge, sondern um eine in dem tatsächlich bestehenden Vertrauensverhältnis wurzelnde, durch seine Natur begründete und deshalb von der zivilrechtlichen Gültigkeit der Vollmacht oder des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäft unabhängige Pflicht"[36]).

Auch die Ueberschreitung der Vollmacht durch den Täter steht nach Ansicht des Reichsgerichts der Anwendung des § 266, Abs. I, Ziffer 2 StGB. nicht entgegen. „Diese Vorschrift setzt vielmehr nur voraus, daß die benachteiligende Verfügung in einem Zusammenhang mit dem Auftrag steht, den der Bevollmächtigte von seinem Machtgeber erhalten hat, dagegen nicht, daß sie sich in den Grenzen der ihm übertragenen Verfügungsbefugnis hält"[37]). Denn auch wo das nicht der Fall ist, kann sie im Sinne des Reichsgerichts[38]) „auf Grund der Vollmacht" geschehen. Die Handlung darf nur, wie vom Reichsgericht wiederholt ausgesprochen worden ist[39]), „nicht außerhalb jeden Zusammenhangs mit dem erteilten Auftrag stehen" und sie muß „nur überhaupt eine Verletzung der dem Bevollmächtigten gegen seinen Auftraggeber obliegenden Pflicht" enthalten[40]).

35) RGSt. 62, 18.
36) RGSt. 41, 265.
37) JW. 1930, 1311.
38) JW. 1923, 402; RGSt. 61, 3.
39) RGSt. 32, 27; G. A. 51, 360.
40) JW. 1930. 1405, 1931, 2990; 1931, 1466.

Der Anwendung des § 266, Abs. I, Ziffer 2 StGB. steht nach Ansicht des Reichsgerichts deshalb auch nicht der Umstand entgegen, daß es sich dabei um einen Beamten handelt, dessen Verfügungsgewalt im öffentlichen Recht beruht und kraft Gesetzes ausgeübt wird, „sofern sie nur die Befugnis zur Vertretung in Beziehung auf ein fremdes Vermögen in sich schließt“[41]). In einer älteren Entscheidung[42]) weist das Reichsgericht in seiner Begründung für diese Stellungnahme darauf hin, daß die Ziffer 2 nur allgemein von Bevollmächtigten spreche und bei den Funktionen der Beamten die obrigkeitliche, technische und wirtschaftliche Seite zu unterscheiden sei: bei der letzteren sei, da ein genereller Auftrag zur Geschäftsführung von seiten des Dienstherrn, des Staates vorliege, Bevollmächtigtenuntreue daher sehr wohl möglich. Dem wurde mit Recht entgegengehalten, daß dieser „Auftrag“ nicht auf einem privatrechtlichen Rechtsgeschäft sondern auf einem Staatshoheitsakte beruht, auf den zivilrechtliche Grundsätze nicht angewandt werden können[43]).

Einig war man sich dagegen wiederum schon immer darin, daß nur solche Personen als Bevollmächtigte im Sinne von § 266, Abs. I, Ziffer 2 in Frage kommen, denen eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit für den Vollmachtgeber übertragen ist[44]). Es ergibt sich dies aus dem Begriffe der Vollmacht, der die Befugnis, an Stelle eines anderen rechtsgeschäftlich zu handeln, wesentlich ist.

Ein Auftrag zu einer rein tatsächlichen Tätigkeit reicht demnach nicht aus. Daher ist nicht Bevollmächtigter im Sinne der Ziffer 2 z. B. ein Waldhüter, der eine Waldparzelle nur zu beaufsichtigen hat[45]), ebensowenig der Betriebsingenieur, dem die Beaufsichtigung des Fabrikbetriebes und die Ausführung technischer Arbeiten anvertraut ist[46]). Das gleiche gilt für den

41) JW. 1927, 2218; RGSt. 56, 102; 61, 4; a. A. die in Anm. 29 Genannten; zustimmend Kern in JW. 1926, 990: „Soweit der Staat auf den Boden des Privatrechts tritt, kann er seinem Beamten Vollmacht zum Abschluß privatrechtlicher Rechtsgeschäfte erteilen“.

42) RGSt. 15, 41.

43) Leopold S. 31, König S. 37 und ausführlich hiezu Mayer S. 256.

44) Mayer S. 231.

45) RGSt. 7, 377.

46) RGSt. 11, 243; ferner 36, 133; 42, 212; 50, 314; JW. 1932, 1746.

bloßen Boten[47]), den Geschäftsführer ohne Auftrag[48]), und den Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache[49]).

Die Frage, ob einer Person rechtsgeschäftliche Tätigkeit für den Vollmachtgeber übertragen ist, ist von Fall zu Fall jeweils besonders zu prüfen und zu entscheiden. Wie schon die schwierige Abgrenzung von Bevollmächtigtem und Boten[50]) zeigt, ist diese Entscheidung nicht immer leicht. Die größere oder geringere Selbständigkeit der in Frage stehenden Person kann hiebei wohl wichtige Anhaltspunkte geben, darf aber für die Entscheidung, ob die Person Bevollmächtigter ist, nicht allein ausschlaggebend sein[51]).

Der indirekte Stellvertreter ist zwar, da er in eigenem Namen handelt, wie z. B. der Kommissionär, nicht Bevollmächtigter im Sinne des BGB. Gleichwohl fällt auch er, wie Rechtslehre[52]) und Praxis[53]) übereinstimmend annehmen, unter die Bevollmächtigten der Ziffer 2, da auch in diesem Fall eine Vertretung vorliegt. Denn der Ermächtigte, wie der indirekte Stellvertreter auch genannt wird, hat die Befugnis durch ein im eigenen Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft auf das Vermögen des Ermächtigenden einzuwirken. Wie bei der direkten Stellvertretung muß auch hier der Vertretene die Verfügungen des Vertreters gegen sich gelten lassen und ist so der nach unserer Ansicht für die Untreue wesentlichen Vermögensschädigung durch Mißbrauch der dem Vertreter eingeräumten Rechtsmacht ausgesetzt. Eine vom eigentlichen Bevollmächtigten verschiedene Behandlung des indirekten Stellvertreters läßt sich sonach nicht rechtfertigen.

Wichtig ist auch die Frage, ob und unter welchen Umständen der Unterbevollmächtigte unter § 266, Abs. I, Ziffer 2 fällt. Praktisch wurde diese Frage neuerdings u. a. im Hinblick auf Verfügungen des Prokuristen einer Bank zum Nachteil eines Bankkunden[54]). Da nach dem Wortlaut der Ziffer 2 Bevollmächtigter nur sein kann, wer Bevollmächtigter des Auftrag-

47) RGSt. 42, 212; 43, 432; Mayer S. 231 ff.
48) LZ. 23, 607.
49) RGSt. 63, 334.
50) hierüber ausführlich Mayer S. 231.
51) OLG. Dresden in JW. 1930, 3005 und hiezu Dr. Bauer-Mengelberg in der Anmerkung.
52) Leopold S. 31 ff., Mayer S. 242, Konrad S. 23, Binding S. 400, Gerland S. 518.
53) RGSt. 53, 274.
54) RGSt. 62, 15.

gebers ist, ist für diesen Fall mit dem Reichsgericht[55]) zu fordern, daß der Auftraggeber mit dem Tätigwerden des Unterbevollmächtigten einverstanden war. Denn nur in diesem Fall kann davon die Rede sein, daß der Unterbevollmächtigte auch als Bevollmächtigter des Auftraggebers handelte[56]). Meist fehlt jedoch diese direkte Rechtsbeziehung des Unterbevollmächtigten zum Auftraggeber seines Vollmachtgebers, so z. B. in der Regel dann, wenn eine juristische Person bevollmächtigt wird. Deren Vorstand ist darum meist nicht Bevollmächtigter im Sinne der Ziffer 2 des § 266, Abs. I StGB.[57]).

§ 13. Der Begriff der Verfügung.

Während in den Fällen der Ziffern 1 und 3 des § 266, Abs. I StGB. die Vermögensschädigung durch jede beliebige Handlung erfolgen kann, besteht die Bevollmächtigtenuntreue in der „Verfügung" über eine Forderung oder ein anderes Vermögensstück des Auftraggebers.

Die Bedeutung dieses Begriffs festzustellen, blieb auch hier der Auslegung durch Wissenschaft und Praxis überlassen. Eine bestimmte, juristische Definition bestand nämlich zur Zeit des Erlasses des StGB. auch für diesen Begriff nicht[1]). Je nach der Auffassung über das Wesen der Untreue gehen auch insoweit daher die Auslegungen auseinander.

Für die Anhänger der Mißbrauchstheorie[2]) ist Untreue die mißbräuchliche Ausnützung der dem Täter verliehenen Vertretungsmacht. Verfügung im Sinne der Ziffer 2 ist für sie infolgedessen folgerichtig nur eine solche Handlung, die nach außen hin und gegen den Vollmachtgeber wirkt, die m. a. W. der Vollmachtgeber nach § 164, Abs. I BGB. gegen sich gelten lassen muß. „Nur was zu einer rechtlichen Bindung führen kann, nicht was eine tatsächliche Wertminderung zur Folge hat", entspricht also hienach dem Tatbestandsmerkmal der Verfügung im Sinne der Ziffer 2[3]). Verfügen ist kurzum gleichbe-

55) RGSt. 61, 174; 62, 15.

56) Mayer S. 272: „Der Unterbevollmächtigte ist in der Regel Bevollmächtigter des ersten Auftraggebers", etwas weitergehend RGSt. 62, 21.

57) vgl. Mayer S. 259.

1) Mayer S. 276.

2) Binding S. 400, Leopold S. 16, Gerland S. 519, Frank S. 605, Grünhut S. 124.

3) Grünhut S. 125.

deutend mit dem Begriff „Verfügen“ im bürgerlichen Recht, wo darunter ein Rechtsgeschäft verstanden wird, durch welches auf bestehende Rechte eingewirkt wird[4]).

Der Bevollmächtigte muß sonach etwa die Forderung erlassen oder in unzulässiger Weise gegen sie aufrechnen[5]), ein Grundstück zu billig verkaufen oder zu teuer kaufen oder die Vermögensstücke dinglich belasten. Nicht unter den Tatbestand der Bevollmächtigtenuntreue fällt dagegen z. B. der Nichterwerb eines Vermögensstücks[6]) oder die rechtswidrige Zueignung, Beschädigung oder Zerstörung von Sachen des Auftraggebers durch den Bevollmächtigten. Diese wird vielmehr zur gewöhnlichen Unterschlagung[7]).

Wie allgemein anerkannt wird[8]), kann die Verfügung auch in der Unterlassung einer rechtlich gebotenen Rechtshandlung bestehen. Als wichtigstes Beispiel wird hier meist angeführt, die Unterlassung einer Handlung, welche geeignet wäre, die Verjährung oder eine sonstige Rechtsverwirkung zu verhindern.

Die Vertreter der Treubruchstheorie[9]) und in diesem Fall mit ihnen auch die Anhänger der Geschäftsführungstheorie[10]) betrachten demgegenüber gleichfalls folgerichtig als Verfügung im Sinne der Ziffer 2 des § 266, Abs. 1 StGB. auch rein tatsächliche Handlungen. So kann nach Ebermayer[11]) das Verfügen über Vermögensstücke „nach dem der Strafvorschrift innewohnenden Rechtsgrund nichts anderes bedeuten, als die Herbeiführung einer Veränderung in dem Verhältnis des Auftraggebers zur Sache“. Bei körperlichen Sachen genügt somit schon eine Verschiebung der tatsächlichen Beziehungen des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstück, erst recht natürlich eine Veränderung der rechtlichen Beziehungen zu ihm. „Eine Verfügung ist allgemein dann gegeben, wenn der Bevollmächtigte mit der ihm wirtschaftlich fremden Sache, wie wenn er der Herr über sie wäre, in einer dem Auftrag

4) RGR. Komm. zum BGB. Anm. 7 vor § 104.
5) so Recht 1929, Nr. 2090, ebenso Binding S. 401; a. A. JW. 1906, 247.
6) RGSt. 10, 72; Gerland S. 519.
7) Leopold S. 16; Hegler S. 10, 154.
8) Ammon S. 79, Draheim S. 50, Konrad S. 41, Binding S. 401, Freudenthal S. 110, Frank S. 606; ebenso, jedoch weitergehend das RG. und Mayer S. 303.
9) Ebermayer S. 879, JW. 1929, 2731.
10) Olshausen 1464.
11) S. 879.

zuwider laufenden Weise verfährt“[12]). Ein Verfügen enthält daher auch die rechtswidrige Zueignung von Sachen des Auftraggebers durch den Bevollmächtigten[13]).

Bemerkenswert ist jedoch, daß man die Konsequenz aus dieser Ansicht hinsichtlich des Verfügens über Forderungen erst allmählich gezogen hat. Das Reichsgericht hat z. B. noch in einem Urteil vom 21. 2. 1922 ausgeführt, daß „bei Forderungen nach der Natur dieses Vermögensbestandteils eine Verfügung regelmäßig nur durch eine Beeinträchtigung des rechtlichen Verhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem Anspruch werde geschehen können“[14]). Auch Ebermayer[15]) ist noch der Auffassung, daß bei den aus der Reihe der Vermögensstücke herausgehobenen Forderungen, da bei ihnen ein Besitz nicht in Frage kommt, diese Veränderung im Verhältnis des Auftraggebers zur Forderung schlechthin rechtlicher Art sein muß. Er weist aber darauf hin, daß diese Aenderung im Recht jedoch in einer tatsächlichen Einwirkung auf den Bestand der Forderung ihren Grund haben kann und führt als Beispiele hiefür an die Nichtbeteiligung an einem zur Abwendung des Konkurses angebahntem Vergleich, der die Entwertung der Forderung verhütet hätte oder bei Stundung oder Unterlassung rechtzeitiger Einklagung[16]).

Von der zivilrechtlichen Beeinflussung in dieser Richtung völlig losgelöst, hat sich inzwischen aber das Reichsgericht, das den Begriff „Verfügung“ neuerdings rein strafrechtlich versteht. Zurückzuführen ist diese Wandlung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts wohl auf den Einfluß Mayers, der diesen „Zwiespalt“, den die Unterscheidung der „Veruntreuung von Forderungen und körperlichen Sachen in dieser Weise“ in die Auslegung hineinträgt, mit Recht „ganz unmotiviert“ nennt[17]).

---

12) JW. 1929, 2733.

13) Olshausen S. 1464; in RGSt. 42, 420 behauptet das Reichsgericht einmal sogar, daß bei einer durch Zueignung begangenen Untreue für nachträgliche Unterschlagung kein Raum bleibe, nimmt aber sonst meist Idealkonkurrenz zwischen beiden Delikten an; vgl. auch RGSt. 37, 259.

14) RGSt. 61, 80.

15) S. 879.

16) S. 879; in Wirklichkeit dürften diese Beispiele Fälle der Unterlassung sein, falls die fraglichen Unterlassungen pflichtwidrig waren, was die Beispiele allerdings offen lassen.

17) Mayer S. 283.

Eine Verfügung stellt nach der Ansicht des Reichsgerichts nunmehr neben der rechtlichen Veränderung einer Forderung auch deren rein tatsächliche Vereitelung dar, also jede Handlung, die den wirtschaftlichen Wert der Forderung mindert [18]).

Eine „Vereitelung" dieser Art hat das Reichsgericht z. B. darin gesehen, daß ein dem Vollmachtgeber entstandener Anspruch mit einem zu niedrigen Betrag in die Geschäftsbücher und Rechnungen im Rahmen eines geregelten Geschäftsverkehrs eingestellt und dadurch bewirkt wird, daß er mit Wahrscheinlichkeit zu einer Befriedigung des Vollmachtgebers nur zu dem niedrigeren Betrag führen wird [19]). Mit Recht macht Grünhut [20]) aber hiegegen geltend, daß ein „Buchungsvorgang immer nur eine indizierende, niemals eine konstitutive Wirkung" hat [21]).

Die „Vereitelung" kann, wie das Reichsgericht verschiedentlich [22]) entschieden hat, vor allem auch in pflichtwidrigen Unterlassungen rein tatsächlicher Art bestehen [23]). Das RG. hat so beispielsweise in einem Falle unbefugter Benutzung eines Dienstkraftwagens eine Verfügung und damit eine Untreue darin gesehen, daß der Angeklagte es unterließ, die gefahrene Strecke im Fahrtenbuch kenntlich zu machen, und es so zu Wege brachte, daß der gegen ihn entstandene Anspruch der Behörde auf Zahlung des Pauschbetrags für den Kilometer der gefahrenen Strecke aus den Dienstbüchern nicht ersichtlich und daher mit Wahrscheinlichkeit nicht eingezogen und angefordert wurde [24]).

---

18) so RGSt. 61, 78 und 62, 136 i. V. mit 62, 58; vgl. auch das RG. in JW. 1932, 507 und 749; hiezu Mayer S. 281 ff. und in JW. 1929, 2732; Olshausen S. 1465 will offenbar nicht ganz so weit gehen, gibt sich jedoch insofern damit zufrieden, als „in der Regel aber Verfügungen über Forderungen deren rechtlichen Bestand betreffen". Reichel sucht diese ausdehnende Auslegung in JW. 1932, 1018 zivilistisch durch den Hinweis darauf zu stützen, daß die Verunmöglichung der Leistung zwar keine eigentliche Verfügung darstelle, das primäre Forderungsrecht aber vernichte und insofern eine Rechtshandlung sei, die in ihrem Effekt einer Verfügung — und zwar einer wirksamen Verfügung — gleichkomme; — a. M. vom Standpunkt der Mißbrauchstheorie aus Grünhut S. 123 und in JW. 1927, 2430, OLG. Dresden in JW. 1932, 1766, auch Kronecker S. 409.

19) RGSt. 61, 78.

20) S. 122.

21) vgl. im übrigen hiezu Ehrlich S. 197 ff.

22) RGSt. 11, 412; 64, 43; 65, 333; JW. 1929, 2732.

23) ebenso Mayer S. 303.

24) DJZ. 1931, 960.

§ 14. Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers.

Angriffsobjekt der Untreue der Ziffer 2 des § 266 StGB. sind nur „Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers".

Aus dieser Beschränkung der Untreuehandlung gegen Einzelstücke des Vermögens ergibt sich zwingend, daß im Gegensatz zu der Regelung in den Ziffern 1 und 3 des § 266, Abs. I StGB. eine das Vermögen in seiner Gesamtheit treffende Verfügung von der Bevollmächtigtenuntreue nicht erfaßt wird. Die unnütze Belastung des Vermögens mit Schulden genügt demnach hier nicht, es müssen vielmehr bereits im Vermögen vorhandene Vermögensaktiva weggegeben werden. Dies wird auch von der herrschenden Meinung [1]) und der Rechtsprechung [2]) anerkannt. Nur Binding [3]) glaubt hier eine ausdehnende Auslegung befürworten zu müssen, denn „es liege gewiß nicht in der Absicht des Gesetzes, die reine Belastung des Vermögens durch Anerkennung nicht feststehender Schulden von der Untreue auszuschließen, um so weniger, als diese Belastung über Aktiva schon antecipando verfügt". Mit Recht weist Freudenthal [4]) demgegenüber aber darauf hin, daß eine solch weitgehende Auslegung des Wortlauts gegen § 2 StGB. verstoßen würde und deshalb unzulässig sei. Denn, über welches Vermögensstück, so müsse man fragen, sei denn durch die Anerkennung einer Nichtschuld verfügt? Es ist doch durchaus möglich, daß es zu einer Verfügung überhaupt nicht kommt, sei es, daß die Schuld erlassen oder aber von einem Dritten bezahlt wird.

Ueber den Umfang des Begriffes Vermögensstücke besteht Streit, insbesondere darüber, ob ein Wechselakzept des Auftraggebers, das sich in seinem oder des Bevollmächtigten Besitz befindet, als solches anzusehen ist.

---

1) Ammon S. 73, Draheim S. 49, Conrad S. 35, Cartier S. 22, Allfeld S. 486, Freudenthal S. 111, Frank S. 605; vgl. auch Gerland S. 437 Anm. 1: „Daß Schulden keine Bestandteile des Vermögens sind, sollte von selbst einleuchten. Sie sind negative Begrenzungen des Vermögens, aber nichts anderes"; Hegler 10, 155 spricht sich de lege ferenda gegen diese Regelung aus.

2) RGSt. 10, 72; 13, 378; 62, 133; JW. 1927, 2218.

3) S. 401

4) S. 111, ebenso Mayer S. 262.

Nimmt man mit der herrschenden Meinung[5]) an, daß als Vermögensstücke nur Bestandteile des Aktivvermögens gemeint sein können, dann ist entgegen der Ansicht des Reichsgerichts[6]) das Wechselakzept nicht als Vermögensstück im Sinne der Ziffer 2 zu betrachten. Denn „in der Negation, daß so lang das Akzept im Eigentum und Besitz des Akzeptanden sei, derselbe vor einem Mißbrauch, welcher mit dem Akzept getrieben werden könne, geschützt sei"[7]). liegt eben kein aktiver Vermögenswert. Es stellt auch der Kredit, den der Aussteller auf das Wechselakzept u. U. erhalten kann[8]), weder einen wirtschaftlichen Wert, noch insbesondere einen Bestandteil des Aktivvermögens in rechtlichem Sinne dar[9]). „Ein Akzept ist eine Verpflichtungsurkunde, die in der Hand des Akzeptanden oder seines Vertreters weder dem Vermögen des Akzeptanden „Werte zuführt" noch die Sicherheit vorhandener Werte erhöht. Eine nicht kontrahierte Schuld ist kein Aktivum"[10]). Ein Aktivum stellt das Wechselakzept in der Hand des Akzeptanden vielmehr nur dar, wenn es an den Akzeptanden indossiert ist[11]).

Das Reichsgericht nimmt aber richtig bloße Beweisurkunden von den Vermögensstücken aus, hält im übrigen aber offenbar Wechselakzepten gegenüber an seiner früheren Ansicht fest[12]). Es hat nämlich Sparbücher lediglich deshalb nicht als Vermögensstücke betrachtet, weil sie „nur bevorzugte Beweisurkunden, keine Inhaber- oder übertragbare Wertpapiere" sind[13]). Wechselpapiere sind aber übertragbare Wertpapiere.

Zu erörtern ist hier auch die Frage, wann der Bevollmächtigte des Kreditgebers durch eine Kreditbestellung über dessen Vermögensstücke verfügt. An sich ist die bloße Kreditbestellung, auch wenn sie in Vertretung des Kreditgebers durch einen Bevollmächtigten erfolgt, nur als Belastung des Vermögens des

---

5) vgl. Anm. 1, ferner Grünhut S. 123, Mayer S. 264.
6) RGSt. 10, 386; 13, 376; 26, 247; 42, 227.
7) RGSt. 13, 376.
8) RGSt. 23, 315.
9) vgl. dazu Mayer S. 265; Ehrlich S. 191.
10) so Freudenthal S. 111.
11) Art. 10 WO.; ebenso Binding S. 401, Draheim S. 31, Ammon S. 74, Mayer S. 271.
12) a. M. Mayer in JW. 1930, 2550, der in den Ausführungen des RG. eine „Einschränkung" erblickt.
13) RGSt. 64, 17 = JW. 1930, 2550.

Vertretenen anzusehen, weshalb sie im Sinne des § 266, Abs. I, Ziff. 2 StGB. selbst beim Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht den Tatbestand einer Untreue des Bevollmächtigten wenigstens nicht unmittelbar erfüllen kann [14]). Immerhin kann jedoch auch hier dem Bevollmächtigten eine Untreue nach § 266, Abs. I, Ziffer 2 StGB. zur Last fallen. Das wird dann der Fall sein, wenn der Bevollmächtigte bei der Kreditbestellung seine Vollmacht im Einverständnis mit dem Kreditnehmer zum Nachteil des Kreditgebers mißbraucht hat, so daß diesem in Wirklichkeit aus dem Rechtsgeschäft eine Verpflichtung gegenüber dem Kreditnehmer nicht erwuchs [15]) und die Ausführung des Kreditvertrags durch Hingabe des Geldes oder durch Ueberweisung daher nicht lediglich die Erfüllung einer bereits begründeten Verbindlichkeit, sondern eine Verfügung darstellt [16]). Darüber hinausgehend erblickt das Reichsgericht eine Untreue des Bevollmächtigten schon in der Kreditzusage, „wenn der Bevollmächtigte nur seinerseits sich des den Geschäftsherrn benachteiligenden Mißbrauchs der Vollmacht und der sich daraus ergebenden Notwendigkeit bewußt war, bei Inanspruchnahme des Kredits über Vermögensstücke des Geschäftsherrn verfügen zu müssen“ [17]). Denn das Verhalten des Bevollmächtigten kann „strafrechtlich nicht auseinander gerissen werden . . .: die ganze Handlungsreihe von der Kreditzusage bis zur Auszahlung oder Ueberweisung bildete jeweils eine einheitliche als Verfügung über die Mittel der Kasse sich darstellende Tat“ [18]).

Beigefügt sei hier noch, daß für den Kreditnehmer „ein ihm bewilligter Kredit ein Recht von wirtschaftlichem Wert und demgemäß ein Vermögensstück ist, vorausgesetzt, daß es sich nicht um ein unverbindliches Inaussichtstellen eines Kredits handelt, sondern, daß ein solcher, wenn auch widerruflich, in bestimmter Höhe mit unmittelbarer Ausnützungsbefugnis fest eingeräumt worden ist“ [19]). Ein Bevollmächtigter des Kreditnehmers macht sich daher durch unbefugte Inanspruchnahme zum Nachteil seines Vollmachtgebers der Untreue schuldig.

---

14) RGSt. 62, 134.
15) § 177 BGB.; RGZ. 101, 64 und 73.
16) RGSt. 61, 6.
17) RGSt. 62, 134.
18) RGSt. 61, 6; 62, 134; vgl. hiezu auch Ehrlich S. 189.
19) RGSt 62, 133.

Unbestritten ist endlich, daß die Nennung von „Forderungen" in erster Linie als Objekte der Handlung auf den wiederholt ausgesprochenen Zweck der Einfügung der Ziffer 2, „die Unterschlagung an einem bloßen Forderungsrecht" unter Strafe zu stellen, zurückzuführen ist und sonst keine weitere Bedeutung hat [20]).

Neben Forderungen gegen Dritte anerkennt das Reichsgericht nunmehr [21]) auch Forderungen des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten selbst als „Vermögensstücke des Auftraggebers" [22]). Diese Wandlung in der Rechtsprechung hat besondere Bedeutung gewonnen im Zusammenhang mit der schon erwähnten auch neuen, rein strafrechtlichen Auffassung des Begriffs „verfügen", wovon unten bei der Theorie des Reichsgerichts vom „Individualanspruch" noch die Rede sein wird. Die Anhänger der Mißbrauchstheorie [23]) sind jedoch mit Recht gegen diese Auffassung. Denn der Bevollmächtigte kann bezüglich der Forderung des Auftraggebers gegen ihn selbst nicht für bzw. statt des Auftraggebers, als „Bevollmächtigter" handeln. Auch die Vertreter der Geschäftsführungstheorie [24]) sind insoweit gegen die Auffassung des Reichsgerichts [25]).

Sowohl die „Forderungen" wie auch die anderen „Vermögensstücke" müssen nach § 266, Abs. I, Ziffer 2 StGB. solche „des Auftraggebers" sein. Ueber die Art der Zuordnung, die hier zum Ausdruck kommt, herrscht Streit. Dem Wortlaut der Ziffer 2 entspricht die engere, rein zivilrechtliche Auffassung [26]), wonach der Auftraggeber Subjekt des obligatorischen Rechtsverhältnisses, Gläubiger der Forderung sein muß. Zugleich steht diese Auslegung im Einklang mit dem gesetzgeberischen Grundgedanken, den Schutz gegen den Vertrauensbruch von Vermögens-

---

20) Freudenthal S. 110, Mayer S. 267.

21) JW. 1932, 1746; RGSt. 62, 58; anders noch das Bayer. ObLG. in LZ. 1928, 66.

22) Hiezu ausführlich Mayer S. 283 ff.; ebenso Klee a. a.O. 1929, 40.

23) Binding S. 401/2; Ammon S. 78; Leopold S. 42 ff.

24) Freudenthal S. 111, Olshausen S. 1465/6 insbesondere gegen Mayer, der für seine Auffassung (S. 283 ff.) die Entstehungsgeschichte anführt, die nach Olshausen im Gegenteil gerade gegen die Auffassung Mayers und des RG. spreche

25) Aehnlich übrigens das RG. selbst in JW. 1932, 1383, wo es genau scheidet zwischen dem Handeln eines Pflegers als solchem und in seiner Eigenschaft als Schuldner, nicht als Pfleger.

26) Frank S. 605.

verwaltern bei der Bevollmächtigtenuntreue mit der Ahndung der rechtswidrigen Aneignung von Forderungen zu verbinden[27]).

Im Gegensatz hiezu sucht eine weitere Auffassung den Tatbestand der Ziffer 2 auch auf solche Fälle auszudehnen, bei welchen die Forderung lediglich unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu dem Vermögen des Auftraggebers zu zählen ist. Vor allem Kronecker versuchte schon sehr früh[28]) an Hand der Entstehungsgeschichte unter Hinweis auf den bei Einschaltung der Ziffer 2 in den § 266 StGB. verfolgten Zweck und durch eine Vergleichung der Strafvorschrift des § 266, Abs. I, Ziffer 2 StGB. mit der des § 246 StGB. darzutun, daß als „Vermögensstück des Auftraggebers" auch „solche Gegenstände" anzusehen seien, „welche lediglich auf Grund formell zivilistischer Momente Eigentum des Handelnden geworden sind, während sie wirtschaftlich zum Vermögen des Auftraggebers gehören"[29]).

Neben Feisenberger[30]) ist es neuerdings vor allem Klee[31]), der das Reichsgericht drängt, „aus seiner tatsächlich-wirtschaftlichen Einstellung die letzten Konsequenzen zu ziehen"[32]) und „darüber hinwegzukommen, daß es eben nur e i n, ausschließlich von den Normen des bürgerlichen Rechts bestimmtes, Eigentum gibt"[33]). Es sollte nach Klee vielmehr die Auffassung vertreten werden, daß „der Begriff des Vermögens im Sinne des § 266 StGB. weiter ist, als der Inbegriff der jemanden zustehenden dinglichen und obligatorischen Rechte"[34]).

Mit Recht fand diese weitere, rein strafrechtliche Auffassung der Vermögenszugehörigkeit weder bei der Praxis noch bei der Rechtslehre Anklang. Das rechtshistorische Argument Kroneckers[35]) ist einerseits zu schwach, um für die Auslegung entscheidend sein zu können, die Strafbedürftigkeit in den von Kronecker[36]) und Klee[37]) angeführten Fällen des indirekten

---

27) Binding S. 395.
28) GA. 34, 403 ff.; ebenso Merkel S. 783 Anm. 5.
29) Kronecker a. a. O. S. 407.
30) In Stengleins Nebengesetze, 5. Auflage 1927, II. Bd., Anm. 5 zu § 9 Dep. Ges.
31) ZBH. 1926, 335 ff. und 1929, 40 ff.
32) Klee a. a. O. 1929, 44.
33) Klee a. a. O. 1929, 40.
34) Ebenda.
35) GA. 34, 406.
36) S. Anm. 28.
37) S. Anm. 31.

Stellvertreters und Kommissionärs andererseits wohl allseits anerkannt, aber nicht geeignet, diese weitgehende Auslegung in dieser Richtung zu rechtfertigen. Eine Ergänzung dieser empfindlichen „Lücke" ist nur auf legislativem Wege möglich und kann nicht im Wege der Auslegung erfolgen. Denn „wir bewegen uns im Gebiete des Strafrechts, wo zugunsten des Angeklagten jeder Rechtsbehelf gilt und wo die Gesetze strikt interpretiert werden müssen, soll anders nicht das sogenannte menschliche Rechtsgefühl zum Unrecht führen, einem Unrecht, wie es das frühere Obertribunal in seiner oben besprochenen Praxis [38]) sine lege begangen hat"[39]).

Sowohl Praxis [40]) wie Rechtslehre [41]) verblieben daher mit Recht bei der engeren, zivilrechtlichen Auffassung der Vermögenszugehörigkeit. Das Reichsgericht versuchte zwar, wie noch zu zeigen sein wird, auf dem Wege kompliziertester, nicht immer unbedenklicher Konstruktionen genannter Lücke Herr zu werden, bezeichnete aber erst vor kurzem die Annahme für irrig, die Rechtsprechung des Reichsgerichts (betr. den Individualanspruch!) „gehe von dem Grundgedanken aus, daß durch die Strafvorschrift gegen Untreue nicht das rechtliche, sondern das „wirtschaftliche" Vermögen geschützt werde"[42]).

Die Vermögenszugehörigkeit ist mit dem Reichsgericht [43]) und der herrschenden Meinung [44]) allerdings auszudehnen „auf solche Gegenstände, welche der alleinigen verantwortlichen Obhut des Auftraggebers anvertraut sind"[45]). Zivilrechtliches Eigentum des Auftraggebers ist nicht zu fordern. Ist der Auftraggeber etwa ein Vormund oder ein Konkursverwalter, so sind also auch die Forderungen und Vermögensstücke des Mündels oder der Masse[46])

---

38) Die von einem zivilrechtlich und strafrechtlich verschiedenen Eigentum ausging und auf die auch Kronecker und Klee Bezug nehmen, vgl. GA. 36, 346.

39) GA. 36, 396.

40) Zuletzt JW. 1932, 1746.

41) Freudenthal S. 112, Leopold S. 44, Frank S. 605, Grünhut in JW. 1927, 2431.

42) JW. 1932, 1746; Mayer schließt (in der Anm. ebenda) aus dieser Entscheidung des RG. zu Unrecht, daß das RG. u. U. „zivilistisch dem Bevollmächtigten zustehende Gegenstände" als „Vermögensstücke des Auftragsgebers" ansieht; vgl. dazu die Anm. in JW. 1932, 2723.

43) RGSt. 26, 106; 39, 414; LZ. 1931, 108.

44) Binding S. 402, Mayer S. 271, Draheim S. 34, Krause S. 13, Ziegler S. 28; a. A. Freudenthal S. 112, Frank S. 605.

45) RGSt. 26, 106.

46) RGSt. 26, 106; 39, 414.

als solche des Auftraggebers im Sinne der Ziffer 2 des § 266, Abs. I StGB. anzusehen [47]). Daß diese „Obhutstheorie" des Reichsgerichts mit dem Sprachgebrauch in Widerspruch steht [48]), mag richtig sein. Es ist aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber sämtliche in Ziffer 1 des § 266, Abs. I StGB. genannten Personen ausscheiden wollte, daß deren Bevollmächtigte das Vergehen der Untreue also nicht begehen könnten. Uebertrieben ist andererseits die Behauptung, das Kriterium der „ausschließlichen Herrschaft" weise deutlich auf einen „eigentumsähnlichen (cf. § 903 BGB.) Begriff" hin, so daß man sehr wohl von der „Wiederbelebung des strafrechtlichen Eigentums" sprechen könne [49]).

§ 15. Die Lehre vom Individualanspruch.

Wie schon erwähnt, stößt eine Verurteilung wegen Untreue in den Fällen des indirekten Stellvertreters und des Kommissionärs auf besonders große Schwierigkeiten.

In den Fällen des Kommissionärs hat das Reichsgericht die Schwierigkeiten dadurch zu beseitigen verstanden, daß es die offenbar ganz in Vergessenheit geratene Sonderbestimmung des § 95, Abs. I, Ziffer 2 des Börsengesetzes vom 8. Mai 1908 wieder zur Geltung gebracht und mit aus der Entstehungsgeschichte hergeleiteten Gründen auf die Gelegenheitskommissionäre des § 406 HGB. ausgedehnt hat [1]). Durch diese Sonderbestimmung des § 95, Abs. I, Ziffer 2 BG. wird die Anwendung des § 266, Abs. I, Ziffer 2 und Abs. II StGB. insofern ausgeschlossen, als zwischen beiden Strafbestimmungen Gesetzeseinheit besteht [2]). § 95, Abs. I, Ziffer 2 BG. erfordert aber nur, daß der Täter „bei der Ausführung eines Auftrags oder bei der Abwicklung eines Geschäfts absichtlich zum Nachteile des Kommittenten handelt" [3]). Die Schwierigkeiten, die die beschränktere Fassung der Ziffer 2 des § 266, Abs. I StGB., wonach ein „Verfügen" „über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers „erforderlich ist, mit sich bringt, entfallen daher bei Durchgreifen des § 95, Abs. I, Ziffer 2 BG. ohne weiteres.

47) Vgl. ferner JW. 1926, 1574 und dazu Grünhut S. 126.
48) So Frank S. 605.
49) So Klee a. a. O. 1926, 337.
1) RGSt. 61, 345; 62, 33; gegen diese Ausdehnung Schmid-Rimpler in JW. 1930, 2726 und Göppert in JW. 1932, 748.
2) RGSt. 61, 345.
3) Vgl. ferner RGSt. 62, 33 ff. und JW. 1930, 2725.

Diese Schwierigkeiten treten aber noch immer auf in den Fällen, in denen ein Beauftragter, der von dritter Seite etwas empfängt, was er seinem Auftraggeber abzuliefern hat, als indirekter Stellvertreter handelt und der Drittkontrahent daher die abzuliefernden Gegenstände an den Beauftragten selbst übereignet und nicht an dessen Auftraggeber. Sie treten meist auch auf bei der Empfangnahme von Geld durch den Beauftragten, sei es nun, daß der Beauftragte in offener oder verdeckter Stellvertretung handelt, nämlich dann, wenn der Beauftragte nicht verpflichtet ist, das erhaltene Geld gesondert aufzubewahren [4]).

Die Schwierigkeiten bestehen hiebei darin, daß in diesen Fällen der Beauftragte nach zivilistischen Grundsätzen Eigentümer dessen wird, was er aus dem Auftragsverhältnis heraus an den Auftraggeber abzuliefern hat, und deshalb Vermögensstücke „des Auftraggebers" offenbar nicht mehr in Frage stehen.

Da der Gesetzgeber, wie allgemein anerkannt wird, Benachteiligungen des Auftraggebers gerade auch in diesen Fällen wegen Untreue bestrafen wollte, suchte das Reichsgericht, da die Strafbedürftigkeit sich immer stärker geltend machte, diesen Zweck unter Ueberwindung oben erwähnter zivilistischer Bedenken auf Umwegen zu erreichen.

Zunächst trat das Reichsgericht mit der „Theorie vom antizipierten Besitzkonstitut" hervor [5]). Ausgehend von der Möglichkeit eines Eigentumsüberganges durch vorweggenommenes Besitzkonstitut, erklärte es mit Recht Vermögensstücke „des Auftraggebers" für vorliegend und Untreue daher möglich dann, wenn der Nachweis einer Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Bevollmächtigtem betreffend die Vorwegnahme des Besitzkonstituts für den Zeitpunkt des Empfangs fraglicher Vermögensstücke erbracht und auch ein entsprechendes Verhalten des Bevollmächtigten erwiesen war. Das Reichsgericht ging dabei in bedenklicher Weise so weit, das Vorliegen einer solchen Vereinbarung schon für den Fall zu behaupten, daß „nichts Gegenteiliges verabredet war oder vorgenommen wurde", da die Absicht, daß der Beauftragte auch nur zeitweilig Eigentümer fraglicher Gegenstände sein solle, im Zweifel so außerhalb der Zwecke des Geschäfts liege, daß sie

---

4) Mayer in JW. 1932, 750.

5) RGSt 62, 32; 62, 58; vgl. bezüglich der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts Mayer S. 296 ff.

der besonderen Vereinbarung bedürfe [6]). Diese Theorie erwies sich aber alsbald als unzulänglich, da sie eben nur dann praktischen Wert hatte, wenn der oft sehr schwierige und teils nur durch Geständnisse zu erbringende Beweis für das Vorliegen ihrer Voraussetzungen erbracht werden konnte, was gerade in den wichtigsten Fällen nicht der Fall war.

Zu gleicher Zeit anerkannte in zwei Fällen [7]) das Reichsgericht für die Anwendung der Ziffer 2 des § 266 Abs. 1 StGB. auch eine „wirtschaftliche" Vermögenszugehörigkeit als ausreichend. Es führte hiebei u. a. aus: „... durch die Uebertragung der Grundschuldbriefe an K wird der Fortbestand der Eigenschaft der Grundschuldbriefe als Vermögensstücke Sch's in Frage gestellt; sie sind, da die Uebertragung nur zu treuen Händen und zum Zwecke der Erlangung eines Darlehens für Sch. nach außen hin und Dritten gegenüber erfolgte, im Verhältnis nach innen — wirtschaftlich — Vermögensstücke Sch's verblieben" [8]). Etwas später behauptete das Reichsgericht sogar: „In der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts ist anerkannt, daß das „Vermögensstück des Auftraggebers" nicht rechtlich im Eigentum des Auftraggebers zu stehen braucht, sondern daß es genügt, wenn es wirtschaftlich zu dessen Vermögen gehört" [9]). Davon, daß „in der neuren Rechtsprechung anerkannt" sei, daß wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit in den in Frage stehenden Fällen ausreichend sei, konnte nun allerdings nicht die Rede sein, zumal die für diese Behauptung zitierten früheren Entscheidungen [10]) nur teilweise [11]) bzw. überhaupt nicht [12]) geeignet waren, diese Behauptung zu stützen. Das Reichsgericht blieb denn auch nicht bei dieser Ansicht und betonte später wiederholt [13]), daß vielmehr die rechtliche Vermögenszugehörigkeit entscheidend sei.

Die bedeutsamste Umwälzung in der Auslegung des § 266, Abs. I, Ziffer 2 StGB. seitens des Reichsgerichts brachte in der Folge nun dessen „Lehre vom Individualanspruch". Sie geht davon aus, daß ein „Verfügen" im Sinne der Ziffer 2, entgegen

6) RGSt. 62, 59.
7) RGSt. 61, 175 und JW. 1929, 2731.
8) RGSt. 61, 174.
9) JW. 1929, 2731.
10) RGSt. 56, 122; 62, 60.
11) RGSt. 62, 60.
12) RGSt. 56, 122.
13) Zuletzt JW. 1932, 1746.

der bis dahin herrschenden, auch vom Reichsgericht vertretenen Auffassung[14]), nicht nur in Handlungen liege, die Veränderungen rechtlicher Art bewirken, sondern auch in rein tatsächlichen Einwirkungen auf die Sache bzw. das Recht[15]). Diese Wandlung in der Auffassung des Begriffs „Verfügen" ermöglichte dem Reichsgericht im Zusammenhang damit, daß nunmehr auch Forderungen des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten als Vermögensstücke im Sinne der Ziffer 2 des § 266, Abs. I StGB. anerkannt wurden, eine wenigstens teilweise Ausfüllung obengenannter Lücke.

Aus den §§ 667, 675 BGB. leitet nämlich das Reichsgericht einen Individualanspruch des Auftraggebers ab, an dem Untreue begangen werden kann. Es führt u. a. aus: „Wäre der Angeklagte Eigentümer des Geldes gewesen, so würde der Auftraggeber an ihn keineswegs bloß eine rechnungsmäßig bestimmte Geldforderung, sondern nach den §§ 667, 675 BGB. den Anspruch auf Ausantwortung eben dieses Geldes gehabt haben. Auch dieser Individualanspruch des Auftraggebers würde ein Vermögensstück gewesen sein, an dem Untreue begangen werden kann . . . . Zivilrechtlich ist der Beauftragte Träger des Vermögensrechtes: man kann nicht von einer Spaltung in ein äußeres und ein inneres Eigentum oder Gläubigerrecht reden. Im Innenverhältnis aber erwirbt er jene Vermögenswerte von dem Auftraggeber wie für ihn nur fiduziarisch aus dem Treuverhältnis heraus, d. h. wirtschaftlich gehören sie in dessen Vermögen. Rechtlich findet dieses Verhältnis seinen Ausdruck in dem aus dem Auftrag erwachsenden Anspruch des Geschäftsherrn auf auftraggemäße Verwendung der übertragenen oder auf Ausantwortung der erlangten individuellen Vermögensrechte . . . Auf bloß rechnerisch zu berechnende Geldforderungen des Auftraggebers an den Bevollmächtigten findet das Gesagte keine Anwendung, weil es insoweit an einem konkreten Gegenstand der Treupflicht fehlt, und weil die bloße Nichtbezahlung einer Schuld natürlich keine Verfügung über das Forderungsrecht enthält, das dadurch vielmehr erhalten bleibt"[16]).

Auch die Lehre vom Individualanspruch krankte nun aber daran, daß sie in den, auch zahlenmäßig, wichtigsten Fällen einer

14) S. o. § 13.
15) RGSt. 61, 80; 62, 60; JW. 1929, 2733; s. auch o. S. 58.
16) RGSt. 62, 58 ff.

nur rechnungsmäßig bestimmten Geldforderung des Auftraggebers eine Verurteilung wegen Untreue nicht ermöglichte. Auch ist der Begriff „Individualschuld" zu unbestimmt in seiner Tragweite, und war, wie die Praxis des Reichsgerichts zeigt[17]), offenbar auch weiter gedacht als der zivilistisch gebräuchliche, bestimmtere Begriff „Spezialschuld". Denn das Reichsgericht hat an dem Erfordernis eines Anspruches „auf Ausantwortung eben dieses Geldes"[18]) in der Folgezeit nicht festgehalten und den Begriff des Individualanspruchs so, wie mit Recht behauptet wurde, „zu einer bloßen Formel entwertet"[19]).

Neuerdings ist das Reichsgericht sogar so weit gegangen, Eigentum des Bevollmächtigten zum Vermögensstück des Auftraggebers zu stempeln mit der Begründung, daß es sich um fiduziarische Verhältnisse handle. Es war dies in einem Fall, in welchem der Bevollmächtigte den Auftrag hatte, dem Auftraggeber gehörige Wechsel, deren Empfang zu treuen Händen er schriftlich bescheinigt hatte, als verdeckter Stellvertreter für den Auftraggeber zu verkaufen. Zwischen dem Auftraggeber und dem Bevollmächtigten war hiebei vereinbart worden, daß letztere die aus dem Verkauf der Wechsel zu erlösenden Gelder für den Auftraggeber als dessen Treuhänder in Empfang nehmen und verwahren und zu einem Teil noch an dem Tag, an dem ihm die Wechsel übergeben worden waren, zum anderen Teil an einem der nächstfolgenden Tage an den Auftraggeber aushändigen solle. Die Vorinstanz hat aus dieser Vereinbarung gefolgert, „daß die Gelder, die der Erwerber der Wechsel an den Angeklagten zahlte, Vermögensstücke des Auftraggebers im Sinne der Ziffer 2 des § 266, Abs. 1 StGB. auch dann geworden seien, wenn sie nicht kraft der vorausgreifenden Festlegung eines Besitzvermittlungsverhältnisses mit der Empfangnahme seitens des Angeklagten in das Eigentum des Auftraggebers übergegangen sein sollten". Diese Folgerung hat das Reichsgericht unter fälschlicher Berufung auf die Rechtsprechung als „rechtlich zutreffend" bezeichnet[20]). Nach der zitierten Rechtsprechung[21]) wäre jedoch allenfalls der Anspruch auf Herausgabe des erlösten Geldes, nicht aber das erlöste Geld

17) RGSt. 64, 86; 65, 277; vgl. auch hiezu Mayer in JW. 1932, 750.
18) RGSt. 62, 58.
19) So Ehrlich S. 197; vgl. auch Pfeiffer S. 26 ff.
20) JW. 1932, 749.
21) RGSt. 62, 58; 63, 408.

selbst als Vermögensstück des Auftraggebers zu bezeichnen gewesen. Es liegt also tatsächlich etwas Neues vor[22]), dem das Reichsgericht leider jegliche nähere Begründung versagt hat, sodaß die weitere Entwicklung der Rechtsprechung in dieser Richtung erst noch abzuwarten ist. Es hat allerdings den Anschein, als ob man auch hier in Wahrheit allmählich eben auch auf einen rein strafrechtlichen Begriff „Vermögensstück" abstellen möchte[23]).

4. Kapitel.

§ 16. Der subjektive Tatbestand der Untreue.

Im Gegensatz zur Untreuehandlung ist der subjektive Tatbestand der Untreue in allen Fällen gleich geregelt. Gefordert wird jeweils ein Handeln „absichtlich" zum Nachteil.

Mit der durchaus herrschenden Meinung[1]) ist hiebei, wie auch in anderen Fällen des StGB.[2]), unter „absichtlich" nichts anderes anderes zu verstehen als „vorsätzlich". Das Motiv, das der Tat zugrunde liegt, ist sonach gleichgültig[3]). Erforderlich ist vielmehr lediglich das Wissen und Wollen des gesamten Deliktstatbestandes. „das bewußte Wollen rechtswidriger Benachteiligung"[4]).

Der Täter handelt darum nicht vorsätzlich, wenn er die Benachteiligung oder die Rechtswidrigkeit nicht kennt. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wird jedoch nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Täter im Glauben an seine sofortige oder alsbaldige Ersatzmöglichkeit und mit Bereitschaft hiezu zum Nachteile des Auftraggebers handelt, es sei denn, daß dieser Glaube in ihm die irrige Annahme erweckt hat, der Auftraggeber werde bei Kenntnis der Ersatzabsicht und -fähigkeit hiezu mit Vornahme seiner Handlung einverstanden[5]) sein. In diesem letzteren Falle ist aber zu fordern, daß der Täter noch irgendwelche son-

22) Aehnlich nur RGSt. 64, 45.

23) vergleiche hiezu auch Mayer in JW. 1932, 749.

1) Draheim S. 53, Binding S. 402, Frank S. 607, L. K. S. 871, Liszt S. 477, Mayer S. 306, Gerland S. 518, Freudenthal S. 117, Olshausen S. 1468; RGSt. 1, 172; 7, 283; 16, 82; 26, 137; 53, 194; a. M. Rubo S. 879, Merkel in Holtzend. Handb. 4, 440.

2) § 259 StGB., § 140 Erw. u. Wi. Gen. Ges.

3) Vgl. hiezu RGSt. 53, 194; 30, 191.

4) So Binding S. 402.

5) So auch Olshausen S. 1469.

stigen Umstände dartut, die seine irrige Annahme berechtigt erscheinen lassen. Denn nur in diesem Falle ist das Vorliegen eines Vorsatzes zu verneinen.

Auch hier ist nämlich Eventualdolus für ausreichend zu erachten[6]): War die Annahme des Täters, der Auftraggeber werde mit der ihn benachteiligenden Handlung einverstanden sein, unberechtigt, wußte er etwa sogar, daß der Auftraggeber seine Einwilligung zu fraglicher Handlung bestimmt nicht geben werde, hegte er also nur die Hoffnung, der Auftraggeber werde, eventuell nachträglich, mit seinem Tun einverstanden sein, und handelte er auch auf die Gefahr hin, daß die Einwilligung versagt werde, dann machte sich der Täter daher trotz seiner Erstattungsabsicht und -fähigkeit der Untreue schuldig. Handelte der Täter dagegen nicht auch auf die Gefahr hin, daß die Einwilligung des Auftraggebers versagt werde, hoffte er vielmehr bei seinem Tun, der Auftraggeber werde es billigen, und wollte er den Erfolg seiner Handlung nur für diesen erhofften Fall, dann liegt nur bewußte Fahrlässigkeit (luxuria) vor.

Die Frage, ob dolus eventualis oder nur luxuria vorliegt, läßt sich nun aber in der Praxis meist nur schwer entscheiden, da in Hauptsache interne Vorgänge in Frage stehen, deren sichere Prüfung an sich nur ein aufrichtiges Geständnis ermöglicht. Macht daher der Täter, und das wird zumeist der Fall sein, geltend, er habe in der Hoffnung, sein Tun werde vom Auftraggeber gebilligt werden, gehandelt, dann wird von ihm, wie schon oben erwähnt[7]), der Nachweis besonderer Umstände gefordert werden müssen, die seine Hoffnung als auch wirklich berechtigt erscheinen lassen. Die Anforderungen werden m. a. W. in dieser Richtung besonders streng sein müssen.

Dies ist besonders wichtig für die Fälle einer Risikoübernahme durch den Bevollmächtigten zu Lasten des Auftraggebers, die wenigstens zunächst immer einen Nachteil für den Auftraggeber im Gefolge haben. Enden solche Risikogeschäfte entgegen den Erwartungen schlecht, dann geht das Reichsgericht bei der Entscheidung darüber, ob der Täter den Erfolg wohl gebilligt

6) So auch die herrschende Meinung RGSt. 53, 194; 61, 214; Olshausen S. 1469; L.K. S. 871; unklar RG. in JW. 1930, 1311; a.M. Frank S. 607; Köhler in JW. 1930, 1311 — vgl. hiezu auch Mayer S. 306 und Ehrlich S. 201, die beide an sich den Begriff „vorsätzlich" auch weiter fassen wollen, denen aber der Begriff „Eventualdolus" hiefür nicht passend erscheint.

7) S. o. S. 75, 76.

hat oder nicht, ob m. a. W. Eventualdolus vorliegt, mit Recht davon aus, daß diese Frage unbedenklich dann bejaht werden kann, wenn sich der Täter der „naheliegenden“[8]) oder „wahrscheinlichen“[9]) Möglichkeit des Mißerfolgs bewußt war. Dem Reichsgericht ist daher beizutreten, wenn es ausführt: „Vielmehr handelten sie mit dem Bewußtsein, daß der Verlust eintreten könne, sie wollten ihn für den Fall seines Eintritts mit in den Kauf nehmen, billigten also diesen Erfolg“[10]).

Mit Recht weist Ehrlich[11]) ferner darauf hin, daß die Entscheidung, ob dolus eventualis oder luxuria gegeben ist, um so leichter ist, wenn der Täter mit seiner Handlung außer dem den Auftraggeber belastenden „Erfolg“ einen zweiten, ihm selbst günstigen Erfolg herbeiführen wollte, wenn er z. B. für die Verschaffung eines Darlehens aus dem Vermögen des Auftraggebers eine hohe Provision erhielt. War dem Täter in diesen Fällen der zweite, ihm günstige Erfolg wichtiger als der erste, den Auftraggeber belastende, was im Zweifel zu vermuten sein dürfte, so ist unbedenklich anzunehmen, daß er den ersten Erfolg gebilligt und sonach mit Eventualdolus gehandelt hat.

5. Kapitel.

§ 17. Versuch, erschwerter Fall des Abs. II des § 266 StGB., Strafe.

Wie schon oben hervorgehoben[1]), setzt § 266 StGB. den wirklichen Eintritt eines Vermögensschaden voraus. Solange ein solcher nicht eingetreten ist, liegt also lediglich Versuch vor. Dieser aber ist straflos[2]).

Erschwert ist die Untreue, wenn der Täter sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil verschaffen will. Neben der Gefängnisstrafe kann in diesem Fall nach Abs. II des § 266 StGB. nämlich auch auf Geldstrafe erkannt werden. Ob es sich hiebei

8) So JW. 1930, 1311.
9) Aehnlich RGZ. 129, 275.
10) So RGSt. 61, 214; vgl. hiezu ferner JW. 1930, 311 und HRR. 1929, Nr. 59.
11) Ehrlich S. 201.
1) S. o. S. 23 ff.
2) § 43, Abs. II StGB. i. V. mit § 1, Abs. II StGB.

um die Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils handeln muß, wie bei Betrug [3]) und Erpressung [4]) ist zweifelhaft. Da die Fassung des Abs. II des § 266 StGB., anders als die Formulierungen der Tatbestände des Betrugs und der Erpressung, dies nicht ausdrücklich fordert, wird man mit der überwiegenden Mehrheit [5]) jedoch annehmen können, daß dies nicht erforderlich ist. Das erschwerende Moment dürfte in der Gewinnsucht bzw. dem Eigennutz zu suchen sein.

Als Strafe sieht das Gesetz Gefängnis vor, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann [6]). In dem erschwerten Fall des Abs. II des § 266 StGB. kann, wie erwähnt, neben der Gefängnisstrafe auf Geldstrafe erkannt werden.

6. Kapitel.

§ 18. Die Ausdehnung des Tatbestandes in den Nebengesetzen.

Die Lückenhaftigkeit des Gesetzestextes, besonders die kasuistische Aufzählung der Subjekte der Untreue machte es notwendig, daß die Gesetzgebung in einer Reihe von Einzelgesetzen, die sämtliche den Charakter der lex specialis tragen, die Untreue weit über den Rahmen des § 266 StGB. ausdehnte. Für all diese Sonderbestimmungen ist hiebei charakteristisch, daß der Tatbestand im Gegensatz zu demjenigen des § 266 StGB. insofern weiter gefaßt ist, als immer „ein Handeln absichtlich zum Nachteile . . .“ zur Bestrafung ausreicht, vorausgesetzt natürlich, daß auch die übrigen Tatbestandsmerkmale vorliegen. Die oben bei der Lehre vom Individualanspruch [1]) hervorgehobenen Schwierigkeiten entfallen mithin insoweit.

Nach § 312 HGB. werden so Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrats oder Liquidatoren der Aktiengesellschaft, desgleichen nach § 325, Nr. 9 HGB. die persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf Aktien mit Ge-

3) § 263 StGB.
4) § 253 StGB.
5) So Freudenthal S. 118, Olshausen S. 1469, Gerland S. 519, v. Liszt S. 477, Mayer S. 305, Frank S. 607; a. M. Binding S. 403, Simonson S. 66 ff.
6) Vgl. hiezu auch § 32 StGB.
1) S. o. S. 56 ff.

fängnis und zugleich mit Geldstrafe bedroht, „wenn sie absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft handeln“ [2]).

§ 95, Abs. I, Ziffer 2 des Börsengesetzes stellt andererseits, wie schon kurz erwähnt [3]) Kommissionäre unter Strafe, welche, um sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, „bei der Ausführung eines Auftrags oder Abwicklung eines Geschäftes absichtlich zum Nachteile des Kommittenten handeln“.

Gemäß § 36 des Hypothekenbankgesetzes werden Treuhänder, die absichtlich zum Nachteile der Pfandbriefgläubiger handeln, wegen Untreue nach § 266 des Strafgesetzbuches bestraft.

§ 23 der Reichsversicherungsordnung endlich sieht Strafe vor für Mitglieder der Organe, die vorsätzlich zum Nachteile des Versicherungsträgers handeln, eine Strafe, die in den §§ 535, 536 genannten Gesetzes eine weitere Ausdehnung erfährt.

Fast alle diese Sonderbestimmungen [4]), die als Strafe grundsätzlich Gefängnis- und zugleich Geldstrafe vorsehen, bestimmen noch ausdrücklich, daß zugleich auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und, falls mildernde Umstände vorhanden sind, auch ausschließlich auf Geldstrafe erkannt werden kann.

II. Abschnitt.

Die Untreue de lege ferenda.

Die Untreue in den Entwürfen zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch, insbesondere im Entwurf 1927.

§ 19. Allgemeines.

Bei der Darlegung der Neuerungen, die für unseren Deliktstatbestand die verschiedenen Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch bringen, soll von der diesbezüglichen Bestimmung des Entwurfes vom Jahre 1927, dem § 348 des E. 27

2) Ganz ähnlich § 146 Erw. u. Wi. Gen. Ges., ferner die §§ 110, 113, Versicherungsaufsichtsgesetz v. 12. 5. 1901; vgl. auch § 53 der vorläufigen Durchführungsbestimmungen zur Errichtung d. Deutschen Rentenbank v. 14. Nov. 1923 und ferner § 16, Abs. II des Reichsbahngesetzes v. 30. August 1924.

3) S. o. S. 56.

4) Ausgenommen § 36 Hypothekenbankgesetz.

ausgegangen werden, der sich in seiner Fassung, vom Gegenentwurf abgesehen, an die früheren Entwürfe z. T. sehr eng anschließt [1]) und in den späteren Beschlußfassungen unverändert geblieben ist.

§ 348 des E. 27 lautet:

„Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen Nachteil zufügt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer, abgesehen von den Fällen der §§ 333, 334 [2]), Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist

---

1) Die früheren Entwürfe schlugen folgende Fassungen vor:
Der Vorentwurf in § 277: „Wer absichtlich das Vermögen eines andern dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis über dieses Vermögen zu verfügen, mißbraucht, wird mit Gefängnis oder Haft oder mit Geldstrafe bis zu zehntausend Mark bestraft."
Der Kommissionsentwurf in § 367: „Wer fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, wissentlich mißbraucht, wird mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bestraft.
In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren".
Der Entwurf von 1919 in § 377: „Wer fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, wissentlich mißbraucht, wird mit Gefängnis bestraft".
Der Entwurf von 1925 in § 314: „Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über das Vermögen eines anderen zu verfügen, wissentlich zum Nachteil des anderen mißbraucht, wird mit Gefängnis bestraft."

2) § 333 des E. 27 betrifft die Unterschlagung und lautet: „Wer eine fremde bewegliche Sache, die sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet, sich oder einem Dritten in der Absicht zueignet, sich oder den Dritten dadurch unrechtmäßig zu bereichern, wird mit Gefängnis bestraft.
Der Versuch ist strafbar.
In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren".
§ 334 des E. 27 regelt die „unberechtigte Aneignung" und bestimmt:
„Wer, abgesehen von den Fällen des Diebstahls oder der Unterschlagung, eine fremde bewegliche Sache sich oder einem anderen rechtswidrig zueignet, wird mit Gefängnis bestraft.
Der Versuch ist strafbar.
In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren".

oder das er für einen anderen empfangen hat, zum Nachteil des Berechtigten für sich oder einen Dritten verwendet.

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren".

Der Gegenentwurf schlug hievon stark abweichend in seinem § 322 vor:

„Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen, oder einem anderen einen rechtswidrigen Nachteil zuzufügen, fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft auferlegte Pflicht zur Wahrung der Interessen dieses Vermögens verletzt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ist der verursachte Vermögensschaden besonders groß, oder hat der Täter die Tat durch längere Zeit fortgesetzt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren".

Wie man schon auf den ersten Blick erkennt, sind die Neuerungen, die diese Fassung des Untreuetatbestandes mit sich bringt, sehr erheblich. Nicht so ohne weiteres läßt sich jedoch die Frage entscheiden, ob sich diese Neuerungen auch als eine dem gegenwärtigen Rechtsempfinden entsprechende vernünftige Fortbildung des bisherigen Rechts erweisen. Ein abschließendes Urteil in dieser Richtung wird vielmehr erst nach näherer Prüfung des Umfangs und Inhalts dieser Bestimmung des § 348 des E. 27 möglich sein.

§ 20. Die Rechtsnatur der Untreue.

Die erwünschte, klare und begrifflich einheitliche Struktur der Untreue bringt leider auch die Fassung des § 348 des E. 27 nicht.

Der Vorentwurf bezeichnet zwar in seiner Begründung als das wesentliche Merkmal der Untreue den „Mißbrauch der Machtstellung über fremdes Vermögen innerhalb des Verhältnisses, kraft dessen der Täter zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen des Verletzten verpflichtet ist"[1], und knüpft damit klar und deutlich an die Grundauffassung der Mißbrauchstheorie[2] an, während der Gegenentwurf im An-

1) So Begr. V. E., S. 766.
2) S. o. § 5.

schluß an Freudenthal[3]) andererseits das Wesentliche der Untreue in der „Verletzung einer Rechtspflicht" erblickt[4]).

Die Protokolle der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuchs von den Jahren 1912/13 beweisen jedoch, daß man von der Treubruchstheorie noch immer nicht völlig abgerückt war. Auf einen Gegenantrag hin, der deutlicher als der Vorentwurf zum Ausdruck bringen sollte, daß das Wesentliche der Untreue die Verletzung einer Rechtspflicht sei, wurde laut diesen Protokollen nämlich festgestellt, daß auch der Vorentwurf zum Ausdruck bringe, „daß es sich um die Verletzung der Treuepflicht handle, wenn er von einem Mißbrauche der Verfügungsbefugnis spreche". „Nach dem Vorentwurf solle die Verletzung der Pflichttreue Tatbestand einer strafbaren Handlung allerdings nur dann sein, wenn sie sich in ‚einem Mißbrauch der Verfügungsgewalt äußere"[5]).

Auch die Begründung zu den späteren Entwürfen verraten solche Einflüsse der Treubruchstheorie, wenn sie die Untreue in der „Beschädigung fremden Vermögens durch Treubruch dessen, der befugt ist, über das Vermögen zu verfügen"[6]), bzw. ganz ähnlich in der „Zufügung eines Nachteils für das Vermögen eines anderen durch Treubruch dessen, der befugt ist, über das Vermögen des anderen zu verfügen"[7]), erblicken. Nähere Ausführungen zu dieser Wandelung in der Stellungnahme zu dem Wesen der Untreue lassen die Begründungen zu den späteren Entwürfen bedauerlicher Weise aber ganz vermissen, was um so verwunderlicher ist, als sie in grundsätzlichen Dingen von dem Vorschlag des Vorentwurfes in keiner Weise abweichen.

Diesen Mangel behebt leider auch die Begründung zum E. 27 nicht. Denn auch diese begnügt sich damit, an den Anfang ihrer Ausführungen zu § 348 die Feststellung zu setzen: „Die Untreue ist Zufügung eines Nachteils für das Vermögen eines anderen durch Treubruch dessen, der befugt ist, über das Vermögen des anderen zu verfügen"[8]). Es könnte hienach den Anschein haben,

3) S. 117

4) So Begr. G. E., S. 295.

5) So die Protokolle der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuchs, 1912/13: 1. Lesung, 176. Sitzung, S. 3.

6) So die Denkschrift zum Entw. 1919, S. 326.

7) So die Begr. zum Entw. 1925 S. 166.

8) Begr. E. 27 S. 179.

als liege dem E. 27, wie übrigens auch seinen Vorläufern, dem Entwurf 1919 und Entwurf 1925, die Auffassung der Untreue als Vertrauensmißbrauch zugrunde.

Man ist sich indessen zunächst noch darüber einig, daß dieser Schluß unzulässig wäre. Denn „ein Vertrauensverhältnis ist bei dem Charakter des § 348, welcher in beiden Absätzen weder rechtliche noch tatsächliche Beziehungen zwischen dem Täter und dem Geschädigten erfordert, nicht notwendig“[9]. Von einem eigentlichen Treubruch kann daher gar nicht mehr die Rede sein, da nicht einzusehen ist, wieso für denjenigen, der einem anderen gegenüber befugt, also berechtigt ist, über dessen Vermögen zu verfügen, eine besondere Treupflicht diesem gegenüber erwachsen sollte[10].

Das Wesen der Untreue kann daher auch nach E. 27 lediglich in dem Mißbrauch der Machtstellung über fremdes Vermögen liegen, zumal eine Anlehnung an die Theorie Freudenthals, wie sie der Gegenentwurf in Vorschlag brachte, einhellig abgelehnt wurde[11].

Bezüglich des Abs. I des § 348 des E. 27 bringt diese Begriffsbestimmung der Untreue die Begründung auch zum Ausdruck, wenn sie ausführt, „die strafbare Tätigkeit besteht im Mißbrauch der Befugnis“, „der Täter muß die Befugnis mißbrauchen, über das Vermögen eines anderen zu verfügen, die Handlung muß also eine rechtsgeschäftliche sein, tatsächliche Einwirkungen auf fremdes Vermögen genügen nicht“[12].

Hinsichtlich des Abs. II des § 348 des E. 27, der im wesentlichen auf § 300, Abs. II des Entwurfes 1925 zurückgeht und dem Untreuetatbestand erst neuerdings beigefügt wurde, ist nun aber eine Verfügungsbefugnis des Täters zur Begründung seiner Strafbarkeit gar nicht erforderlich. Die Fälle des Abs. II des § 348 unterscheiden sich, wie die Begründung ausführt, von den Fällen des Abs. I nämlich „hauptsächlich dadurch, daß in den Fällen des Abs. II eine Verfügungsmacht tatsächlicher Art, in den Fällen des Abs. I dagegen eine Verfügungsbefugnis rechtlicher Natur mißbraucht wird“[13].

Der Entwurf 1925 regelte diese Fälle in seinem § 300, Abs. II,

9) So Pfeiffer S. 62.

10) Vgl. dazu Mayer S. 324 und Ziegler S. 37.

11) Vgl. dazu die Protokolle der Kommission des Strafgesetzbuchs 1912 13. erste Lesung, 176. Sitzung, S. 3 ff. und ferner Begr. V. E. S. 767.

12) Begr. E. 27 S. 179.

wie bereits erwähnt. Er behandelte in seinem § 300, Abs. I als „Veruntreuung" zunächst nur die Unterschlagung anvertrauter fremder Sachen, erstreckte den Tatbestand der Veruntreuung durch Einfügung des Abs. II in seinen § 300 dann aber auch auf solche Fälle, in denen das Erfordernis der Fremdheit der Sache nicht gegeben ist. Denn einerseits erschien es der Begründung zufolge unrichtig, die Entscheidung darüber z. B., ob es strafbar ist oder nicht, wenn der Beauftragte das im Auftrag eines andern eingenommene Geld für sich selbst verbraucht, von der Frage abhängig zu machen, ob nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts der Beauftragte oder unmittelbar der Auftraggeber das Eigentum an dem vereinnahmten Geld erlangt, da dies häufig zweifelhaft ist, der Beauftragte das ihm entgegengebrachte Vertrauen aber in jedem Falle mißbraucht. Andererseits aber scheute man sich, diese Fälle dem Untreuetatbestand des § 314 des Entwurfes 1925 einzugliedern, da sie sich von der Untreue grundlegend dadurch unterscheiden, „daß der Verletzte dort durch eine in seinem Namen oder an seiner Statt getroffene und ihn rechtlich bindende Verfügung, hier dagegen durch eine Handlung geschädigt wird, zu welcher der Täter nicht bevollmächtigt ist"[14]).

Diese m. E. einzig richtige Sonderung in zwei Tatbestände glaubte jedoch E. 27 nicht übernehmen zu können, „da sich die Rechtslage dadurch verwickelter und unübersichtlicher gestalte, zumal neben dem Delikt der Veruntreuung noch das Delikt der Untreue bestehen bleiben würde"[15]). E. 27 ordnete diese Fälle daher im Zusammenhang mit der Untreue allerdings mit dem Erfolg, daß nunmehr der Untreuetatbestand unübersichtlich und unklar erscheint. Denn die begrifflich einheitliche Struktur der Untreue als eines Rechtsmachtsmißbrauchs ging durch die Angliederung dieser Fälle an § 348, Abs. I verloren[16]).

Es liegt wohl nahe, im Anschluß an den oben wiedergegebenen, in der Begründung aufgestellten Gegensatz von rechtlicher und tatsächlicher Verfügungsmacht die Untreue als „Mißbrauch der rechtlichen Verfügungsmacht (Abs. I) und der tatsächlichen Verfügungsmacht" zu definieren. Pfeiffer[17]) weist jedoch mit Recht

13) Begr. E. 27 S. 180.
14) Begr. Entw. 1925, S. 156/7, vgl. auch Mayer S. 330 ff.
15) Begr. E. 27, S. 170.
16) Pfeiffer S. 72.
17) S. 63.

darauf hin, daß dieser Versuch einer begrifflichen Klärung an der Tatsache scheitern muß, „daß in Abs. II nicht nur Fälle der tatsächlichen Verfügungsmacht im Sinne der Begründung zum Vorentwurf und der Freudenthalschen Lehre, sondern auch solche der bloßen Verfügungsmöglichkeit, wie sie der Unterschlagung eigentümlich sind, erfaßt werden". Wollte man aber die Untreue demgemäß weiter als den „Mißbrauch der Verfügungsmöglichkeit in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht" fassen, so wäre „jede Scheidung zwischen der Untreue und der Unterschlagung verwischt".

Davon, daß die Angliederung der Fälle des Abs. II an den Untreuetatbestand die Rechtslage klarer und übersichtlicher gestalte, kann sonach keine Rede sein. Viel zweckmäßiger erscheint es vielmehr, zu der im Entwurf 1925 vorgesehenen Regelung zurückzukehren und die Fälle des § 348, Abs. II als solche der „Veruntreuung" wieder unmittelbar an die Fälle der Unterschlagung anzureihen[18]. Denn einerseits hat die Untreue des § 348, Abs I mit der Untreue von einst. welcher irgendein Vertrauensbruch eigen war, nur mehr den Namen gemeinsam. so daß irgendwelche Beziehungen der Fälle des Abs. II zur Untreue eigentlich gar nicht bestehen. Andererseits aber ist nicht ersichtlich, warum der Tatbestand der „Veruntreuung" künftighin ganz fallen gelassen werden soll"[19]. Beachtet man nämlich, daß der Tatbestand der „Veruntreuung" infolge der grundlegenden Wandelung des Untreuedeliktes an Bedeutung naturgemäß erheblich gewonnen hat, dann erscheint ein Nebeneinanderbestehen von Untreue und Veruntreuung künftighin eher noch berechtigter als bisher[20].

Es wäre daher wünschenswert, daß die Fälle des Abs. II vom Untreuetatbestand wieder losgelöst und so der Untreue wieder jene festumgrenzte, einheitliche und klare Struktur verliehen werden würde, die schon der Vorentwurf vorgesehen hatte. weshalb von einem näheren Eingehen auf den Tatbestand des Abs. II im folgenden auch abgesehen werden wird[21].

Mit Recht hat es auch E. 27 entsprechend den früheren

---

18) Ebenso Ziegler S. 39; Oberstadt S. 81 empfiehlt, für die Fälle des Abs. II einen besonderen Paragraphen zu schaffen und diesen dem Untreueparagraphen anzuschließen.

19) Begr. E. 27, S. 170.

20) Vgl. auch Begr. V. E., S. 767.

21) Vgl. hiezu auch König S. 76.

Entwürfen [22]) abgelehnt, jeden Treubruch bzw. jede unter Verletzung einer Fürsorgepflicht begangene Handlung unter Strafe zu stellen, denn die Tragweite einer solchen Vorschrift wäre unübersehbar, auch wäre zu befürchten, daß sie auch Vertragsverletzungen umfaßt, die ausschließlich zivilrechtlich zu erledigen sind. Eine zweckentsprechende Neufassung ermöglicht nur die Auffassung der Untreue als Rechtsmachtsmißbrauch. Dies aber ist letzten Endes entscheidend und nicht die geschichtliche Entwicklung [23]).

§ 21. Das Angriffsobjekt der Untreue.

Zu begrüßen ist es, daß auch nach E. 27 Angriffsobjekt der Untreue, wie schon bisher, lediglich fremdes Vermögen als Ganzes ist, was in der Formulierung des § 348 allerdings nicht ganz eindeutig zum Ausdruck kommt. Wie das geltende Recht in den Ziffern 1 und 3 des § 266 StGB. sieht nämlich auch § 348 Strafe für denjenigen vor, welcher „dem anderen Nachteil zufügt", während fast sämtliche anderen Entwürfe [1]) völlig eindeutig denjenigen unter Strafe stellen, welcher „fremdes Vermögen beschädigt" [2]). Es ist jedoch unbestritten, daß, wie schon bisher im § 266 StGB., auch in § 348 des E. 27 der Begriff „Nachteil" dem Begriff „Vermögensnachteil" gleichzusetzen ist [3]). Dies wird mit Recht nicht nur aus der Zusammenstellung von „Nachteil" und „Vermögen" in Abs. I. sondern auch aus der Gegenüberstellung „Gut" und „Nachteil" in Abs. II entnommen [4]). Mit Sicherheit geht dies insbesondere aber aus der Begründung zu E. 27 hervor, wonach Untreue die „Zufügung eines Nachteils für einen anderen" ist [5]).

Ueber die Gründe, die zur Wahl dieser Formulierung des § 348 geführt haben, schweigt sich die Begründung leider wieder

---

22) Abgesehen vom Gegenentwurf § 322.

23) Gegen Pfeiffer S. 76.

1) V. E., K. E., Entw. 1919, auch G. E.

2) So K. E., Entw. 1919 sowie G. E.; ganz ähnlich V. E.

3) So Mayer S. 327, König S. 70. Oberstadt S. 80, Ziegler S. 43, Pfeiffer S. 50.

4) So Pfeiffer S. 50.

5) So Begr. E. 27, S. 179, vgl. auch S. 180: „Der Mißbrauch der Befugnis muß für den anderen, auf dessen Vermögen, der Täter einwirken kann, nachteilig sein. Ein Nachteil für das Vermögen liegt nicht nur . . ."; ebenso Begr. Entw. 1925, S. 166/67.

einmal aus. Mayer[6]) vermutet, man habe die Fassung „wer fremdes Vermögen dadurch beschädigt . . .“ wohl deshalb vermieden, weil man sonst immerhin hätte annehmen können, „daß nun tatsächlich ein einheitlicher strafrechtlicher Vermögensbegriff für die Tatbestände des Betrugs, der Erpressung und der Untreue geschaffen sei, der dann also allgemein festzustellen wäre“. Für diese Vermutung spricht nicht nur die Tatsache, daß E. 27 auch im Betrugs- und Erpressungstatbestand[7]) den Begriff „nachteilig“ verwendet, sondern vor allem auch die Tatsache, daß keiner der Entwürfe Aufschluß darüber gibt, was unter Vermögen zu verstehen sein soll, was die Annahme rechtfertigt, daß man es offensichtlich vermeiden wollte, einen einheitlichen strafrechtlichen Vermögensbegriff aufzustellen[8]).

So erscheint denn das Angriffsobjekt gegenüber dem geltenden Recht in keiner Weise verändert zu sein und eine Benachteiligung dann vorzuliegen, wenn „die Gesamtvermögenslage des Betroffenen nach der Tat ungünstiger ist als vorher“[9]). Der Begriff „Vermögen“ insbesondere wird in wirtschaftlichem Sinne als „die Summe der geldwerten Güter einer Person zu verstehen sein“[10])[11]).

Im übrigen ist in der Begründung[12]) im Einzelnen hervorgehoben, daß ein Nachteil für das Vermögen nicht nur dann vorliegt, wenn der Täter den Aktivbestand des Vermögens mindert oder die Schulden des Vermögens vermehrt, sondern auch schon dann, wenn er die Sicherheit einer fremden Forderung vermindert. Auch weist die Begründung darauf hin, daß es hier ebensowenig, wie bei anderen Vermögensdelikten, darauf ankommt, ob der Täter den Nachteil wieder ausgleichen will und kann oder ob der Täter sich oder einen anderen durch die Untreuehandlung bereichern will[13]).

6) S. 327.

7) §§ 339, 343 des E. 27.

8) Im Hinblick auf diese Tatsachen erscheint der Wunsch von König S. 74 und Ziegler S. 43, auch im Gesetzeswortlaut unzweideutig zum Ausdruck zu bringen, daß ein Vermögensschaden eingetreten sein muß, daher unangebracht.

9) So Begr. E. 27, S. 173.

10) Wie schon bisher die Verein. Strafs. in RGSt. 44, 333; vgl. auch Pfeiffer S. 51.

11) Im übrigen kann auf diesbezügliche Ausführungen in § 7 oben Bezug genommen werden.

12) S. 180.

13) Begr. E. 27, S. 180.

Diese letztere Hervorhebung erscheint um so wichtiger, als Abs. II das Bereicherungsmoment in sich führt, was nach Pfeiffer [14]. stärksten Bedenken begegnen muß, da die Erfordernis der Bereicherung praktisch in einer großen Anzahl von Fällen zum Freispruch führen müßte.

§ 22. Die Subjekte der Untreue.

Einem wesentlichen Bedürfnis entsprechend [1] zählt § 348, Abs. I des E. 27, in bewußtem Gegensatz zum geltenden Recht, die tauglichen Täter nicht kasuistisch auf, sondern erstreckt vielmehr die Täterschaft ganz allgemein auf alle solche Personen, denen durch Gesetz oder Rechtsgeschäft die Befugnis eingeräumt ist, über fremdes Vermögen zu verfügen. Da „das Bedürfnis des Lebens hier jeder Aufzählung von Subjekten spottet“ [2], ist eine solche allgemeine Umgrenzung des Täterkreises an sich zweifellos zu begrüßen. Es fragt sich jedoch, ob die Umgrenzung wie sie § 348, Abs. I vorsieht, auch durchweg zweckentsprechend ist.

Dies scheint rein sprachlich zunächst nicht der Fall zu sein, denn die Begründung erläutert wohl den Begriff „verfügen“ dieser Formulierung näher und hebt hervor, daß dieser Begriff nicht im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuchs zu verstehen ist, so daß der Täter eine dingliche Rechtsänderung an dem fremden Vermögen vornehmen müßte, daß vielmehr jede rechtsgeschäftliche Einwirkung auf das fremde Vermögen, auch wenn sie in der Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung besteht, genügt [3]. Sie gibt aber leider keinen Aufschluß darüber, was unter „Befugnis“ im Sinne des § 348, Abs. I zu verstehen ist. Dies ist daher auch bereits umstritten. Und zwar geht der Streit in der Hauptsache darum, ob es richtiger ist, unter „Befugnis“ mehr ein rechtliches Dürfen [4] oder mehr ein rechtliches Können [5] zu begreifen. Mit Recht weist Mayer [6] in diesem Streit darauf hin, daß das Wort „Befugnis“ sprachlich nicht so sehr das rechtliche Können als vielmehr ein rechtliches Dürfen, eine Be-

14) S. 73.
1) Begr. V. E. S. 766.
2) So Freudenthal S. 139.
3) Vgl. Begr. E. 27, S. 179; ebenso Begr. Entw. 1925, S. 166.
4) So Mayer S. 318, 322.
5) So Oetker S. 291, Pfeiffer S. 30, 44.
6) S. 318.

rechtigung zum Ausdruck bringt[7]. Denn von einer „Befugnis" spricht man für den Fall, daß einer über ein fremdes Vermögen verfügen kann, erst dann, wenn er über dieses fremde Vermögen auch rechtlich verfügen darf. Erst dieses rechtliche Dürfen, diese Berechtigung macht sein vielleicht schon bisher vorhandenes Können zu einem rechtlichen Können.

Als Täter im Sinne des § 348, Abs. I sind hiernach zu betrachten alle diejenigen Personen, denen durch Gesetz oder Rechtsgeschäft die Berechtigung eingeräumt ist, durch rechtsgeschäftliches Handeln auf fremdes Vermögen einzuwirken.

§ 348, Abs. I erfaßt somit nicht nur sämtliche in Ziffer 1 des § 266 StGB. aufgezählten Personen[8], sondern darüber hinausgehend auch alle übrigen Personen, deren Berechtigung, durch rechtsgeschäftliches Handeln auf fremdes Vermögen einzuwirken, auf Gesetz beruht. Er bedroht mit Strafe also auch den Ehemann, der das Vermögen seiner Frau, sowie den elterlichen Gewalthaber, der das Vermögen seiner Kinder ungetreu verwaltet[9]. Er erstreckt sich weiter auch auf die Ehefrau als Inhaberin der Schlüsselgewalt, die Vollstrecker von Erbverträgen[10], den Geschäftsführer ohne Auftrag[11], sowie insbesondere die Beamten, soweit sie mit der Verwaltung von Vermögen betraut sind[12].

Taugliche Täter sind aus diesem Grunde ferner die Inhaber eines gesetzlichen Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts, denn auch sie sind, wenn auch nur in ihrem eigenen Interesse, berechtigt, über fremdes Vermögen zu verfügen[13].

§ 348, Abs. I läßt jedoch straflos auch fernerhin den Gegenvormund, den Mutterbeistand[14], die Organe der Obervormundschaft[15] und die Mitglieder des Gläubigerausschusses gemäß § 88 K. O. Denn es obliegt dieser Gruppe von Personen wohl die Ueberwachung und Beaufsichtigung anderer Rechtssubjekte,

---

7) In diesem Sinn verwenden auch die §§ 714, 715 BGB., sowie § 373 HGB. den Ausdruck „Befugnis".
8) Mayer S. 322/3, Ziegler S. 40, Pfeiffer S. 32.
9) S. hiezu Begr. E. 27, S. 179, ebenso Begr. Entw. 1925, S. 166.
10) Mayer S. 323.
11) Pfeiffer S. 33, Mayer S. 324.
12) Pfeiffer S. 34.
13) Mayer S. 323, Pfeiffer S. 35.
14) A. M. Ziegler S. 40.
15) Nämlich Familienrat, Gemeindewaisenrat, Vormundschaftsrichter; a. M. bezgl. des Familienratmitglieds, Ziegler S. 40.

zu einem rechtsgeschäftlichen Handeln Dritter gegenüber sind sie aber nicht berechtigt [16]).

Dagegen macht § 348, Abs. I andererseits wieder den größeren Teil der nebengesetzlichen Untreuestrafdrohungen entbehrlich [17]). Ueberflüssig werden nur nicht die die Aufsichtsräte der verschiedenen Gesellschaften und die „ähnlichen" Organe der Versicherungsvereine betreffenden strafrechtlichen Nebenbestimmungen, da diese Personen nur ausnahmsweise verfügungsberechtigt sind [18]).

Auf Grund Rechtsgeschäft verfügungsberechtigt und deshalb dem Täterkreis des § 348, Abs. I zuzurechnen, sind sodann insbesondere die gewillkürten Vertreter, die Bevollmächtigten im Sinne der Ziffer 2 des § 266 StGB. Erfaßt werden von der Bestimmung des § 348, Abs. I aus diesem Grunde weiter auch der Pfandgläubiger, der Nießbraucher und der Pächter landwirtschaftlicher Güter [19]).

Wie die Begründung ausdrücklich betont, ist durch Rechtsgeschäft eingeräumt auch die Befugnis der satzungsmäßig zur Vertretung einer juristischen Person berufenen gewählten Personen [20]). Das Vermögen der juristischen Person bleibt für sie Vermögen eines „anderen" auch dann, wenn sie selbst Aktionäre oder sonst anteilsberechtigt sind.

Zweifelhaft ist, ob auch der Treuhänder unter § 348. Abs. I fällt. Ziegler [21]) glaubt, diese Frage zwar bejahen zu dürfen, „nachdem die Entwürfe nicht mehr ein Verfügen über einzelne, dem Machtgeber gehörige Vermögensstücke zur Voraussetzung haben, sondern das Tatbestandsmerkmal der Beschädigung fremden Vermögens schlechthin aufstellen". Pfeiffer betont jedoch [22]) mit Recht, daß die Bestrafung des Treuhänders an der Beschränkung der deliktischen Handlung auf „rechtsgeschäftliche Handlungen innerhalb der Befugnis" scheitern muß.

Ausgeschaltet aus dem tauglichen Täterkreis werden durch die

16) Ebenso Mayer S. 323, Pfeiffer S. 33.

17) Die Begr. zu den Entwürfen behaupten zu Unrecht, § 348, Abs. I mache sämtliche nebengesetzlichen Untreuestrafdrohungen künftig entbehrlich; vgl. Begr. E. 27, S. 179, ebenso Begr. Entw. 1925, S. 166, Denkschrift Entw. 1919, S. 326, Begr. V. E. S. 766.

18) Ebenso Mayer S. 323, Pfeiffer S. 32; im übrigen vgl. oben § 18.

19) Vgl. hiezu Mayer S. 323, Pfeiffer S. 33/34.

20) Begr. E. 27, S. 180; ebenso Begr. Entw. 1925, S. 167.

21) S. 40; im Ergebnis ebenso Mayer S. 323.

22) S. 49.

Fassung des § 384, Abs. I aus diesem letzteren Grunde nämlich insbesondere alle diejenigen Personen, welche nur rein tatsächlich auf fremdes Vermögen einwirken, so daß künftig die in Ziffer 3 des § 266 StGB. genannten Personen, den Versteigerer ausgenommen, straflos werden, denn eine Verfügungsbefugnis geht all diesen Personen ab [23]).

Die Fassung des § 348, Abs. I erweitert somit den Kreis der tauglichen Täter nicht nur, sondern schränkt ihn im Vergleich mit § 266 StGB. auch ein. Während diese Einschränkung aber als erwünscht betrachtet werden kann [24]), kann von der vorgesehenen Erweiterung indes dasselbe nicht behauptet werden. Den einen erscheint die Erweiterung nämlich teilweise zuweitgehend, den anderen zumeist zu gering.

Mayer [25]) findet so die Einbeziehung des elterlichen Gewalthabers und des Ehemanns als Verwalters des eingebrachten Gutes oder der Gütergemeinschaft in den tauglichen Täterkreis besonders bedenklich: er hält es überhaupt für einen schweren Fehlgriff, die Vermögensdelikte gegen die Abkömmlinge und den Ehegatten für strafbar zu erklären, und bezeichnet eine solche Regelung als grotesk, da bei der ungleich schwereren Verletzung des Ehebruchs der klagende Teil erst die Ehescheidung herbeigeführt haben müsse, wenn er Strafantrag stellen wolle, bei der vielleicht sehr geringfügigen Untreue dagegen künftig ein solcher Antrag schon während der Ehe möglich sei. Ziegler [26]) hat demgegenüber jedoch mit Recht schon hervorgehoben, daß man Ehegatten und Kinder der nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche immerhin weitgehenden Verwaltungsbefugnis der Ehemänner und Eltern nicht völlig schutzlos überlassen könne. Im übrigen aber ist ja die Strafverfolgung dieser Fälle auf Grund des § 335 des E. 27 ausdrücklich an das Erfordernis des Verlangens geknüpft, was die Sachlage bedeutend milder erscheinen läßt [27]).

Mit Recht wird es dagegen als Mangel betrachtet, daß § 348, Abs. I nur einen Teil der strafrechtlichen Untreuestrafdrohungen

---

23) Pfeiffer S. 30; vgl. auch Begr. E. 27, S. 179.
24) Vgl. hiezu Binding S. 398, Freudenthal S. 137.
25) S. 325 ff.
26) S. 41.
27) Begr. E. 27, S. 181.

entbehrlich macht und weder den Gegenvormund, noch den Beistand und Treuhänder erfaßt [28]).

Diesem Mangel ist aber m. E. leicht dadurch abzuhelfen, daß man einmal die nicht überflüssig gewordenen strafrechtlichen Nebenbestimmungen eben fortbestehen läßt, wozu man sich in den meisten anderen, außerstrafrechtlich geregelten Fällen schließlich ja auch entschlossen hat [29]).

Gegenvormund, Beistand und Treuhänder aber lassen sich leicht dadurch in den tauglichen Täterkreis einbeziehen, daß man den Begriff „verfügen" noch weiter und zwar im Sinne rechtserheblichen Tuns mit Wirkung für das Vermögen eines anderen faßt [30]). Es ist zwar zuzugeben, daß eine solch weitgehende Abweichung von dem üblichen Begriff an sich unerwünscht ist. Hat man sich aber schon einmal entschlossen, den Begriff „verfügen" auch in einem weitergehenden Sinne als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu verwenden, dann sollte es, nachdem dies durchaus zweckmäßig ist, nicht schwer fallen, auch diese kleine Erweiterung noch vorzunehmen.

§ 23. Die Untreuehandlung.

Im Gegensatz zur Untreuehandlung in den Ziffern 1 und 3 des § 266 StGB. faßt § 348, Abs. I des E. 27 in Uebereinstimmung mit den übrigen Entwürfen bewußt auch die Untreuehandlung allgemein und einheitlich. Sie besteht, wie es die Begründung zu E. 27 [1]) ausdrückt, „im „Mißbrauch der Befugnis" oder, wie es die Begründung zum Entw. 1925 [2]) noch ausgedrückt hat, im „Mißbrauchen der Verfügungsmacht".

Während der V. E. [3]) und wohl auch der Entw. 1919 [4]) das Wort „mißbrauchen" „im weitesten Sinne" verstanden wissen wollen, so daß es sowohl tatsächliche Handlungen wie auch Unterlassungen umfaßt, muß nach E. 27 die Handlung eine rechtsgeschäftliche sein. Tatsächliche Einwirkungen auf fremdes Vermögen genügen daher nicht. Der Vormund, der das Haus seines

28) So Mayer S. 323, 327, Pfeiffer S. 32, S. 45 ff.
29) Begr. E. 27, S. 5.
30) So Oetker S. 291.
1) S. 179.
2) S. 166, ebenso Denkschrift 1919, S. 327.
3) Begr. V. E. S. 767.
4) Denkschrift Entw. 1919, S. 327.
5) S. 179; ebenso Begr. Entw. 1925, S. 166.

Mündels verfallen, die Aecker verwildern läßt, kann sonach, wie die Begründung E. 27[5]) beispielsweise ausführt, unter Umständen wegen Sachbeschädigung bestraft werden, Untreue begeht er aber nicht.

Verfehlt wäre es jedoch, wenn man aus diesen Beispielen und dem Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Handlung folgerichtig schließen wollte, daß das Wort „mißbrauchen" auch die Unterlassung nicht mehr umfasse. Denn die Begründung hebt ausdrücklich hervor[6]), daß der erforderte Mißbrauch nicht notwendig ein Handeln voraussetze, daß vielmehr auch Duldungen und Unterlassungen darunter fallen, wenn sie pflichtwidrig sind, weshalb beispielsweise der Ehemann dadurch sich einer Untreue schuldig machen könne, daß er es unterläßt, einen Anspruch seiner Frau geltend zu machen, so daß der Anspruch infolgedessen verjährt oder eine seiner Frau gehörenden Sache von einem anderen ersessen wird.

Daß eine solche Regelung folgerichtig und klar wäre, kann man nun aber nicht behaupten[7]). Denn eine Befugnis zu rechtsgeschäftlichen Handlungen, wie sie E. 27 erfordert, kann man „nur dadurch mißbrauchen, daß man sie gebraucht", d. h. indem man auf Grund der Befugnis eine rechtsgeschäftliche Handlung vornimmt. Durch Untätigkeit kann man eine solche Befugnis nicht mißbrauchen[8]).

Eine Befugnis zu rechtserheblichem Tun kann man dagegen auch durch Duldungen und Unterlassungen mißbrauchen, wenn sie pflichtwidrig sind. Da es nun durchaus erwünscht ist, daß der Untreuetatbestand auch Duldungen und Unterlassungen erfaßt, empfiehlt sich daher die oben[9]) in Vorschlag gebrachte weitere Fassung des Begriffs „verfügen" im Sinne rechtserheblichen Tuns auch insoweit. Dies gilt um so mehr, als die so bewilligte Erweiterung des Untreuetatbestandes eine Verurteilung zu Strafe dann auch in den Fällen absichtlich nachlässiger Buchführung, der Nicht- oder Falschbuchung von Ein- und Ausgängen und der Verweigerung von Auskunft usw. ermöglicht[10]).

---

6) Begr. E. 27, S. 180; ebenso Begr. Entw. 1925, S. 167 und Denkschrift Entw. 1919, S. 327.

7) Pfeiffer S. 38.

8) So Mayer S. 113.

9) Siehe oben § 22, S. 101.

10) Vgl. hiezu RGSt. 61, 78; 64, 43; 65, 333; JW. 1929, 2732; DJZ. 1931, 960; auch Pfeiffer S. 36; siehe auch Mayer S. 329.

Eine zu starke Erweiterung ist hiebei insofern nicht zu befürchten, als der Mißbrauch gleichzeitig eine Verletzung der Pflichten des Täters enthalten muß. Ob der Täter sich im Rahmen der ihm erteilten generellen Weisungen des Vollmachtgebers gehalten oder ihn überschritten hat, ist im übrigen gleichgültig. Es genügt, daß der Täter zu der Handlung nach außen hin bevollmächtigt war. Der Prokurist, der zum Nachteil des Geschäftsinhabers einen Wechsel zeichnet, begeht daher Untreue, mag der Geschäftsherr sich die Zeichnung von Wechseln vorbehalten haben oder nicht [11]).

§ 24. Der subjektive Tatbestand der Untreue.

Der Mißbrauch muß „wissentlich" erfolgen. Die Erfassung des bedingten Vorsatzes lehnt E. 27 ab.

Der Vorentwurf erforderte demgegenüber ein absichtliches Handeln des Täters. Auch er verfolgte den Zweck, den bedingten Vorsatz auszuschließen, und wollte deshalb den Begriff „absichtlich" nicht im Sinne von „vorsätzlich", sondern in dem Sinne, daß der Eintritt der Vermögensbeschädigung als erstrebter Erfolg gewollt sein muß, gebraucht wissen. Denn, so führt die Begründung aus, die Anwendung des eventuellen Vorsatzes auf die Fälle der Untreue enthalte schon jetzt nicht selten eine Ueberspannung der Strafbarkeit, da nach dem Volksempfinden zwar der auf die Untreue gerichtete Wille, nicht aber das bloße Bewußtsein von dem möglichen schädigenden Erfolg der Handlung das Eingreifen der Staatsgewalt rechtfertigt [1]). Die Einbeziehung des eventuellen Vorsatzes, wurde u. a. weiter ausgeführt, müsse auf die Tätigkeit der verfügungsberechtigten Personen geradezu lähmend wirken; lasse man nämlich die Strafe schon dann eintreten, wenn der Täter nur mit der — ihm vielleicht sehr entfernt scheinenden — Möglichkeit rechne, daß er durch die Verfügung seine Befugnis überschreite, so würden dadurch Fälle getroffen werden, in denen eine Strafe absolut nicht am Platze sei [2]).

Mit Recht wurde dem jedoch entgegengehalten, daß die Vorschrift ihre praktische Bedeutung ganz oder doch zum wesentlichen Teil verlieren würde, wenn auf absichtliche Begehung abge-

11) Begr. E. 27, S. 179; ebenso Begr. Entw. 1925, S. 167.

1) Begr. V. E. S. 767.

2) So die Protokolle der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuchs, 1912/13, 1. Lesung, 176. Sitzung S. 5.

stellt werden würde. Denn es sei fast nie der Fall, daß es dem Täter gerade darauf ankomme, den Erfolg der Vermögensbeschädigung herbeizuführen, der Endzweck sei in der Regel vielmehr ein anderer. Aber auch die Beschränkung auf den direkten Vorsatz sei nicht zu billigen, vielmehr müsse, wie schon im geltenden Recht der eventuelle Vorsatz genügen. Der direkte Vorsatz lasse sich im Einzelfalle nur schwer feststellen[3]: der Täter werde sich in vielen Fällen darauf berufen können, er habe gehofft, daß eine Vermögensbeschädigung nicht eintreten werde[4].

Diesen Einwänden konnte man sich naturgemäß nicht völlig verschließen. Man sah ein, daß für die Vermögensbeschädigung aus den zuletzt genannten Gründen heraus bedingter Vorsatz genügen müsse, glaubte aber für den Mißbrauch der Verfügungsbefugnis andererseits an dem Erfordernis direkten Vorsatzes festhalten zu müssen[5]. So entschloß man sich denn, für die Beschädigung fremden Vermögens Vorsatz, für den Mißbrauch der Verfügungsbefugnis dagegen Wissentlichkeit zu fordern. „Wer fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er . . . wissentlich mißbraucht . . .“ lautete daher die Untreuebestimmung des Kommissionsentwurfs sowohl, wie diejenige des Entwurfs von 1919[6].

Der Entwurf von 1925[7] beseitigte in der Folge diese Verschiedenheit der Schuldformen nun zwar, E. 27 griff auf diese Scheidung indessen wieder zurück, ohne dies allerdings in der Fassung des § 348, der sich insoweit an § 314 des Entwurfes von 1925 völlig anschließt[8], zum Ausdruck zu bringen. Die Begründung[9] hebt aber hervor, daß der bedingte Vorsatz nur insoweit ausgeschlossen sein soll, als es auf den Mißbrauch der Verfügungsbefugnis ankommt. „Untreue soll nur vorliegen, wenn der Täter weiß und will, daß seine Verfügung pflichtwidrig ist.

---

3) Entgegen den Ausführungen in der Begr. zum V. E., S. 768.
4) Protokolle S. 4—6.
5) Protokolle S. 6.
6) Siehe oben § 19, Anm. 1.
7) Begr. Entw. 1925, S. 167: „Untreue soll nur vorliegen, wenn der Täter weiß, daß seine Verfügung pflichtwidrig ist und daß sie seinem Machtgeber nachteilig ist. Handelt er zwar wissentlich pflichtwidrig, aber nicht mit dem Bewußtsein einer Benachteiligung, so ist er wegen Untreue auch dann nicht strafbar, wenn er mit dem Eintritt eines Nachteils als möglich rechnete“.
8) Vgl. oben § 19, Anm. 1.
9) Begr. E. 27, S. 180.

dem Interesse des Machtgebers nicht entspricht. Für die Wirkung des Mißbrauchs der Verfügungsbefugnis, die Vermögensbeschädigung, soll dagegen der bedingte Vorsatz genügen". „Denn wer weiß und will, daß seine Handlung pflichtwidrig ist, wer seine Verfügungsmacht also wissentlich mißbraucht, der verdient", so führt die Begründung weiter aus, „die Strafe der Untreue auch dann, wenn er eine Schädigung des Vermögens seines Machtgebers zwar nicht will, aber doch für möglich hält und mit ihrem Eintritt einverstanden ist"[10]

Dies ist zweifellos richtig. Wünschenswert wäre es jedoch, daß man auch bezüglich des Mißbrauchs bedingten Vorsatz für genügend erachten und so die einheitliche Schuldform des Untreuetatbestandes wieder herstellen würde. Denn einmal sollte man die Verwertung verschiedener Schuldformen in einem Tatbestand schon an sich tunlichst vermeiden[11]. Sodann aber führt die Verschiedenheit der Schuldformen notwendig zu Unklarheiten, da die Scheidung, welche sie fordert, sich in vielen Fällen gar nicht durchführen läßt, z. B. dann nicht, wenn der Mißbrauch der Verfügungsbefugnis nicht aus der Verletzung besonderer Verhaltungsmaßregeln, sondern nur daraus zu entnehmen ist, daß der Täter ein nachteiliges Geschäft vorgenommen hat[12]. Da man in den Fällen, in welchen die Möglichkeit eines Mißbrauchs dem Täter nur sehr entfernt denkbar erschienen ist, einen vorsätzlichen Mißbrauch kaum feststellen können wird, ist endlich bei Einbeziehung des bedingten Vorsatzes auch keine zu starke Erweiterung des Untreuetatbestandes zu besorgen.

§ 25. Versuch und Strafe.

Den Versuch der Untreue läßt E. 27 übereinstimmend mit dem geltenden Recht mit Recht straflos, denn so führt schon die Begründung zum Vorentwurf hiezu aus: „Die Versuchshandlungen sind bei der Untreue schwerer als solche erkennbar, vielmehr liegt es in der Natur der Sache, daß die Untreue oft erst greifbar hervortreten wird, wenn sie vollendet ist. Die Einbeziehung des Versuchs würde also einerseits oft nichts nützen, andererseits die Möglichkeit allzuweiter Ausdehnung der Strafbarkeit eröffnen. Es ist daher mit dem bisherigen Recht anzunehmen, daß

10) Anders noch Begr. Entw. 1925, S. 167; vgl. auch Anm. 7.
11) Protokolle S. 7.
12) Protokolle S. 16/17.

ein Bedürfnis für die strafrechtliche Repression hier erst mit der vollendeten Vermögensbeschädigung eintritt“[1].

Die Strafe der Untreue ist Gefängnis bis zu fünf Jahren[2]. Liegen besondere Milderungsgründe vor, dann kann das Gericht an Stelle einer verwirkten Freiheitsstrafe von höchstens drei Monaten auf Geldstrafe erkennen, wenn der Strafzweck erreicht werden kann[3]. In besonders schweren Fällen ist andererseits Zuchthaus bis zu fünf Jahren vorgesehen[4]. Beruht die Tat auf Gewinnsucht, dann kann neben der Freiheitsstrafe überdies eine Geldstrafe bis zu einhunderttausend Reichsmark verhängt werden[5].

Dieser verhältnismäßig weite Strafrahmen ist durchaus zu billigen. Insbesondere wird es der Volksanschauung entsprechen, daß in den Fällen, in denen der verbrecherische Wille besonders intensiv hervortritt, die Möglichkeit gegeben ist, Zuchthausstrafe über den Täter zu verhängen.

Anhang.

§ 26. Die Untreue im Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933.

Die Arbeit wurde Ende April 1933 abgeschlossen. Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933, (RGBl. 1933, I, S. 295), das den größten Mängeln des geltenden Strafgesetzbuchs sofort abhelfen soll und als wichtigste und umfassendste Neuerung wohl eine völlige Neufassung des Untreuetatbestandes gebracht hat, konnte daher keine Berücksichtigung

1) Begr. V. E. S. 767; ebenso K. E., Entw. 1919 und Entw. 1925; anders nur der G. E., der es nicht bei der kasuistischen Bedrohung des Vergehensversuchs beläßt und den Versuch des Vergehens grundsätzlich stets für strafbar erklärt (so Schoetensack: Der Versuch und der amtl. Entw. eines Allgem. D. StGB. (1925) in G. S. Band 91, S. 378 ff., insbesondere 396, 399), vgl. Begr. zum G. E., S. 42; s. auch Freudenthal S. 145.

2) § 348, Abs. I i. V. mit § 35, Abs. II E. 27.

3) So § 73, E. 27; ähnlich die übrigen Entwürfe.

4) § 348, Abs. 3, E. 27, i. V. mit § 77, E. 27; ebenso K. E. § 367, Abs. 2.

5) § 38, E. 27.

mehr finden. Gleichwohl sei auf die Neuerungen [1]) im folgenden noch kurz hingewiesen.

Ab 1. Juni 1933 gilt nach genanntem Gesetz der § 266 StGB. in folgender Fassung:

„Wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treuverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird wegen Untreue mit Gefängnis und mit Geldstrafe bestraft. Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

In besonders schweren Fällen tritt an die Stelle der Gefängnisstrafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders großen Schaden zur Folge gehabt oder der Täter besonders arglistig gehandelt hat".

Der Untreuetatbestand, der sich in seinem ersten Teil sonach an den § 348 des E. 27 [2]) anlehnt, hat damit nicht nur eine Verallgemeinerung sondern auch eine bedeutende Ausdehnung erfahren.

Bestrebt, die Fälle der Strafwürdigkeit treuwidriger Vermögensschädigung möglichst lückenlos zu erfassen und das Schiebertum und die Korruption mit dem gebotenen Nachdruck zu bekämpfen, hat der Gesetzgeber über die Bedenken eines großen Teils der Wissenschaft sich kühn hinweggesetzt, mit dem § 266 StGB. n. F. nicht nur den Mißbrauch der Machtstellung über fremdes Vermögen, sondern offensichtlich in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts in weitgehendstem Maße auch die Pflichtverletzung erfaßt und so die Grundgedanken sowohl der Mißbrauchs-, wie auch der Treubruchs- und der Geschäftsführungstheorie verwertet und kombiniert, weshalb von einer einheitlichen Struktur der Untreue keine Rede mehr sein kann.

Der Kreis der deliktstauglichen Personen hat dadurch in § 266

1) Schäfer in DJZ. 1933, 789 ff.; Peschke in DJZ. 1933, 1097 ff.; Schneider-Neuenburg in JW. 1933, 1704 ff.

2) S. o. S. 66.

StGB. n. F. allerdings eine zunächst nicht völlig übersehbare Erweiterung erfahren, die teilweise vom kriminalpolitischen Gesichtspunkt aus verwerflich und deshalb unerwünscht ist. An Stelle der Gliederung der deliktstauglichen Personen in drei, in der Aufzählung der möglichen Täter ziemlich erschöpfende Gruppen, wie sie § 266 StGB. a. F., enthält, ist in § 266 n. F. eine solche in zwei, den Täterkreis sehr allgemein umschreibende und teilweise ineinandergreifende Gruppen getreten.

Nach der einen Gruppe sind taugliche Täter alle diejenigen Personen, welche eine ihnen „durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbrauchen", also einmal alle diejenigen Personen, welche schon nach § 266 StGB. a. F. deliktstauglich waren. Ferner fallen in diese Gruppe, soweit die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen nunmehr auch die bisher zweifelhaften Fälle, also der Gegenvormund, der Beistand, der Amtsvormund, der Pfleger, der Helfer i. S. des Jugendwohlfahrtsgesetzes, der Nachlaß- und Konkursverwalter und die Beamten. Vor allem aber gehören nunmehr hierher der elterliche Gewalthaber, der Ehemann als Verwalter des eingebrachten Gutes oder der Gütergemeinschaft und die Ehefrau, soweit sie auf Grund ihrer Schlüsselgewalt selbständig auf das eheliche Vermögen einwirkt, was insofern unerwünscht und verwerflich ist, als in diesen Fällen analog den Bestimmungen betr. Haus- oder Familien-Diebstahl und Unterschlagung [3] Straflosigkeit bzw zumindest Strafantragserfordernis vorgesehen sein müßte [4].

Taugliche Täter der anderen Gruppe sind alle diejenigen Personen, welche die ihnen „kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treuverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzen", also wiederum alle diejenigen, welche schon § 266 StGB. a. F. als mögliche Täter aufgezählt hat, und die im vorherigen Absatz genannten Personen. Darüber hinaus macht sich aber auch jeder, dem auf Grund irgendeines Treuverhältnisses die Pflicht obliegt, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, wenn er

3) § 247 StGB.

4) Vgl. hiezu schon Mayer S. 325 ff.; Peschke DJZ. 1933, 1097 ff. schlägt die Schaffung eines Tatbestands der „Hausuntreue" mit Strafantragserfordernis vor.

diese Pflicht verletzt, der Untreue strafbar, ein Umstand, der den Kreis der deliktstauglichen Personen des § 266 StGB. n. F. vollends unbestimmt und weit werden läßt [5]).

Angriffsgegenstand der Untreue ist, wie sich aus der Verwendung der Begriffe „fremdes Vermögen" und „fremde Vermögensinteressen" in § 266 StGB. n. F. ergibt, nach wie vor das Vermögen eines anderen. Die Untreue ist m. a. W. sonach reines Vermögensdelikt geblieben.

Die Untreuehandlung besteht nunmehr im Mißbrauch der „Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten" oder in der Verletzung der „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen", wozu jeweils noch die Zufügung eines Nachteils kommen muß. Diese Neuerung ist beachtlich vor allem insofern, als nunmehr das „Verfügen" nicht mehr nur „Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers" betreffen muß, was in erster Linie zu den oben [6]) aufgezeigten Schwierigkeiten geführt hat, die die Rechtssprechung nur durch komplizierteste Konstruktionen zu überwinden vermochte. Sie macht diese z. T. sehr bedenklichen Konstruktionen künftighin überflüssig und bringt damit eine gewaltige Vereinfachung mit sich, die um so größer und begrüßenswerter ist, als dem „Verfügen" nunmehr auch das „Verpflichten eines anderen" gleichgestellt ist, was eine weitere Erweiterung des Untreuetatbestandes bedeutet.

Der Mißbrauch bzw. die Pflichtverletzung und die Zufügung des Nachteils müssen „vorsätzlich" erfolgen. Wie schon § 266 StGB. a. F. läßt somit unter Vermeidung des Begriffes „absichtlich" auch die Neufassung mit Recht dolus eventualis genügen im Gegensatz zum E. 27, der die Erfassung des bedingten Vorsatzes abgelehnt hat [7]).

Eine erhebliche Ausdehnung hat durch die Neufassung auch der Strafrahmen erfahren. Die Untreue ist zwar trotz § 266, Abs. 2 StGB. n. F. nach wie vor ein Vergehen und der Versuch mangels ausdrücklicher gegenteiliger Bestimmung damit wie bisher schon straflos, neben Gefängnisstrafe kann aber nicht nur, wie bisher, sondern muß künftighin immer auch auf Geldstrafe erkannt werden. Daneben kann wie bisher schon auf Ver-

5) S. hiezu Peschke in DJZ. 1933, 1097 ff.
6) S. 43 ff., 55 ff. und 60 ff.
7) S. o. S. 80 ff.

lust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Für besonders schwere Fälle aber, wie sie das Gesetz in drei Beispielen besonders hervorhebt, ist Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren vorgesehen.

Die oben [8]) angeführten strafrechtlichen Nebenbestimmungen, die durch Verallgemeinerung und gewaltige Erweiterung des Untreuetatbestandes an sich gegenstandslos geworden sind, hat das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften nicht nur nicht aufgehoben, sondern durch eine weitere für das Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bestimmte Vorschrift sogar noch vermehrt [9]).

8) S. o. S. 64 ff.

9) Vgl. Artikel III des Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 RGBl. 1933, I, S. 289.

Literaturverzeichnis.

(Die Abkürzungen sind soweit erforderlich in ( ) beigesetzt, Zahlen deuten im Zweifel auf die Seitenzahl.)

I.

Zeitschriften, Sammlungen, Materialien.

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungsfragen. herausgegeben von Kohler und Berolzheimer (zit. nach Band und Seitenzahl).

Deutsche Juristenzeitung (zit. DJZ. nach Band und Seitenzahl).

Deutsche Richterzeitung (zit. DRZ. nach Band und Seitenzahl).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zit. RGSt. nach Band und Seitenzahl).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen zit. RGZ. nach Band und Seitenzahl).

Entwürfe:

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch mit Begründung, Berlin 1909 (zit. VE.).

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung, Berlin 1911 (zit. GE.).

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch:

I. Teil: Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 (zit. KE.).

II. Teil: Entwurf von 1919 (zit. Entw. 1919).

III. Teil: Denkschrift zu dem Entwurf von 1919 (zit. Denkschr. Entw. 1919).

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, Berlin 1925.

I. Teil: Entwurf (zit. Entw. 1925).

II. Teil: Begründung (zit. Begr. Entw. 1925).

Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, Berlin 1927:

I. Teil: Entwurf (zit. E. 27).

II. Teil: Begründung (zit. Begr. E. 27).

Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil- und Militär. Strafrecht und Strafprozeßrecht sowie die ergänzenden Disziplinen,
früher herausgegeben von Stenglein, jetzt von Oetker-Finger-Schoetensack (zit. Ger. S. nach Band und Seitenzahl).

Goltdammer, Archiv für preuß. und deutsches Strafrecht (zit. G. A. nach Band und Seitenzahl).

Goltdammer Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, Teil: 2, Berlin 1852 (zit. Goltd. Mat.).

Juristische Wochenschrift (zit. JW. nach Jahr und Seite).

Juristische Rundschau (zit. JR. nach Jahr und Seite).

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (zit. L. Z. nach Jahr und Seite).

Rechtssprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zit. Rspr. nach Band und Seite).

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. Z. St. R. W. nach Band und Seite).

Protokolle der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuchs 1912/13 1. Lesung (zit. Protokolle nach Seitenzahl).

II.

Kommentare, Lehrbücher, Handbücher, Monographien, Aufsätze.

Allfeld-Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage, Leipzig 1922, mit Nachtrag von 1928.

Ammon, Hermann, Die Untreue, Tüb. Diss., 1894.

Appelius (Dr. H. A.), Zum Tatbestand der Unterschlagung und Untreue, Berlin 1888, in G. A. 36, 346.

Aschauer, Wilhelm, Die Untreue im § 266 StGB. und im § 277 des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Leipz. Diss., Bremen 1918.

Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, kritische Besprechung des Amtl. Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin und Leipzig 1926.

Aschrott-Liszt, Die Reform des RStGB., 2 Bde., Berlin 1910.

Bäumer-Hartmann-Becker, Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, auf Grund amtlichen Materials herausgegeben, Berlin 1923.

Behrend, Franz, Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, Komm., Berlin-München 1925.

Beling, Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1930, 11. Auflage.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1898.

Binding, Karl, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.

Binding, Karl, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bes. Teil, 1. Band, Leipzig 1902.

Binding, Karl, Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts, Leipzig 1907.

Bumke, Die neuen Strafgesetzentwürfe in DJZ. 1921.

Calker, van, Strafrecht, 3. Auflage, München-Berlin 1927.

Cartier, Robert, Der objektive Tatbestand der strafbaren Untreue mit besonderer Berücksichtigung des deutschen und schweizerischen Rechts und des Entwurfs eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, Berner Diss., Basel 1902.

Dörr, Friedrich, Deutsches Strafrecht, Berlin 1920.

Dörr, Ueber das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, Breslau 1897 (in Strafr. Abhandlungen 3/4).

Draheim, Otto, Untreue und Unterschlagung, Diss., Breslau 1901 (in Strafr. Abhandlungen, Heft 39).

Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts, 4. Auflage, Berlin, Leipzig 1929 (zit. LK.).

Ehrlich, Lore, Die neuere Rechtssprechung zur Lehre des Bevollmächtigten, in ZStRW. 52, 179.

Engelhardt, Otto, Die Untreue, Würzb. Diss. 1902.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Band. Dreizehnte Bearbeitung von H. C. Nipperdey, 35.—39. Tausend, 1931.

Ensheimer, Die Untreue de lege ferenda, Heidelberg 1923.

Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.

Freudenthal, Die Untreue (§ 266 RStGB. und Nebengesetze). in der „Vergleichenden Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts", Bes. Teil, 8. Band, Berlin 1906.

Finger (Kompendien des öster. Strafrechts). Das Strafrecht mit Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem öster. Strafgesetzbuch, 2 Bde., 3. Auflage, 1912/13.

Friedberg-Polligkeit, Reichsjugendwohlfahrtsgesetz, Komm., 2. Auflage, Berlin 1930

Gerland, Heinrich, Deutsches Reichsstrafrecht. 2. Auflage. Leipzig 1932.

Gutjahr, Georg, in J. v. Olshausens Kommentar, S. 1435 ff. (zit. Olsh.) s. u.

Grünhut, Max, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen, in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. 10. 1929), 5. Band: Strafrecht und Strafprozeß, S. 116 ff., Berlin und Leipzig 1929.

Grunow, Franz, Die Untreue der Bevollmächtigten, StGB. § 266, Z. 2. Gött. Diss., Magdeburg 1897.

Hälschner, Hugo. Das gemeine deutsche Strafrecht, 2. Bd., 1. Abtlg., Bonn 1884.

Hegler, August, Die Systematik der Vermögensdelikte, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 9 und 10, Berlin-Leipzig 1915/17.

Herrmann, Friedrich, Die Untreue des § 266 StGB. und die verwandten Tatbestände in den Nebengesetzen, sowie ihre Behandlung in den deutschen Entwürfen, Köln. Diss., Berlin 1926.

Hirschfeld, Hans, Veruntreuung und Untreue, Jenaer Diss., Jena 1927.

Holtzendorff-Merkel, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen. III. Bd., Berlin 1874.

Jung, Otto, Die Untreue nach dem Vorentwurf und den Entwürfen von 1913 und 1919 vgl. mit dem geltenden Recht, Erlanger Diss. 1921 (Maschinenschrift!).

Kiesow. Die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch in LZ., Bd. 15.

Kipp, Theodor, in Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Abtlg. 2: Das Familienrecht, 6. Bearbeitung, Marburg 1928.

Klee, Karl. Der Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Praxis des Reichsgerichts, in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben" (s. a. oben unter „Grünhut"!), S. 72 ff.

Kleefisch, Der Parteiverrat im Amtlichen Entwurf 1925, in LZ., Bd. 15.

Kohler, Jos., Studien aus dem Strafrecht, 2 Bände, Mannheim 1895.

Kohler, Jos., Leitfaden des deutschen Strafrechts, Leipzig 1912.

König, Heinrich, Die Untreue im geltenden deutschen Strafrecht (§ 266 StGB.) und in den Entwürfen, Marburger Diss. 1928.

Konrad, Adolf, Die Untreue des Bevollmächtigten (§ 266 StGB.) Erlanger Diss., Rothenburg o. T. 1900.

Koppelmann, Die Untreue im § 266 StGB. unter besonderer Berücksichtigung der modernen Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch sowie der neuen Entwürfe Oesterreichs und der Schweiz, Würzburger Diss. 1922.

Krause, Hans, Die Untreue unter besonderer Berücksichtigung der deutschen und schweizerischen Entwürfe, Breslauer Diss. 1925.

Kronecker, Bemerkungen zu einzelnen Urteilen des Reichsgerichts in G. A., Bd 34, Berlin 1886.

Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. I, 1 und 2, München 1928.

Leipziger Kommentar, Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1929, (zit. LZ.).

Leopold, Hans Zum Tatbestand der strafbaren Untreue, Diss., Breslau 1908 (Heft 94 der Strafrechtlichen Abhandlungen).

Lilienthal, von, Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in ZStRW., Bd. 30.

Liszt, von, Franz, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23. Auflage, Berlin-Leipzig 1921 — 25. Auflage, besorgt von Eberhardt Schmidt, Berlin-Leipzig 1927.

Lobe, in Frankfestschrift I, S. 51 ff.

Löning, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Frankfurt a. M. 1885.

Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Strafrecht, Straßburg 1876.

Mayer, Hellmuth, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, München, Leipzig, Berlin 1926.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

Meyer, Hugo, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Auflage 1911.

Mommsen, Theodor, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.

Oberstadt, Fritz, Herbert, Die Untreue im geltenden Reichsstrafgesetzbuch und in den deutschen Strafgesetzentwürfen, Tüb. Diss. 1930.

Oetker in Ger.S. 94, 277 ff., Besprechung der Arbeit von Hellmuth Mayer (s. o.).

Olshausen, von, J., Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Auflage, neubearbeitet von Niethammer usw., Berlin 1927 (zit. Olshausen).

Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens, 1894.

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1901.

Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., Ausgabe von Heinrich Zoepfl, 1876.

Pfeiffer, Julius, Die Untreue im zukünftigen Reichsstrafgesetzbuch, Breslauer Diss. (Heft 302 der Strafrechtlichen Abhandlungen), Breslau 1932.

Proskauer, Die Standesdelikte des Anwalts im neuen Strafgesetzentwurf, Bd. I, in JR. 1925.

Roder, Die Untreue nach den Entwürfen zu einem Strafgesetzbuch verglichen mit dem geltenden Recht, Erlangen 1921.

Roeßler, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Organe der Aktiengesellschaft, Heidelberger Diss. 1908.

Rubo, Ernst, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1879.

Rohrscheid, von, Kurt, Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, I. Bd., Berlin 1912.

Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Strafrechts, Leipzig, Berlin 1921.

Schmidt, Richard, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Leipzig 1931.

Schütze, Reinhold, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1874. 2. Auflage.

Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1914.

Seidl, Ferd., Die Untreue nach dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch (277) und Gegenentwurf 322), Erlanger Diss., München 1913.

Simonson, A., Der Begriff des Vorteils und seine Stellung im deutschen Strafrecht, Berlin 1889.

Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen des römischen Rechts, München-Leipzig 1924.

Stemann, Die Vergehen der Unterschlagung und Untreue, Kiel 1870.

Stoos, Karl, Lehrbuch des österr. Strafrechts, 2. Auflage, Wien 1913.

Unger, Kurt, Die Untreue im § 266 StGB. unter Berücksichtigung der modernen Entwürfe, Breslauer Diss. 1916.

Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.

Wahlberg, Gesetzgebungsfragen in Betreff der strafbaren Untreue, Bd. 2 der gesammelten Schriften, Wien 1877.

Wilda, Das Strafrecht der Germanen, Halle 1842.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Bd., 8. Auflage, 1900.

Ziegler, Alfred, Der Tatbestand der Untreue nach geltendem Recht (§ 266 RStGB.) und nach den Entwürfen zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, insbesondere den Entwurf 1927, Tüb. Diss., 1931.

Inhaltsübersicht

Einleitung.

Seite

§ 1. Geschichtliches 5

I. Abschnitt.
Die Untreue de lege lata.

I. Kapitel.
Allgemeines.

I.

§ 2. Die Rechtsnatur der Untreue 10
§ 3. Die Treubruchstheorie 10
§ 4. Die Geschäftsführungstheorie 14
§ 5. Die Mißbrauchstheorie 15
§ 6. Kritik der Theorien zum Wesen der Untreue . . . 17

II.

§ 7. Die Untreue als Vermögensbeschädigung 23

2. Kapitel.
Die Untreue der Personen mit öffentlichem Vertrauen.

§ 8. Die deliktstauglichen Personen gemäß Ziffer 1 des § 266 Abs. I. StGB. 27
§ 9. Die deliktstauglichen Personen gemäß Ziffer 3. des § 266 Abs. I StGB. 33
§ 10. Die Untreuehandlung in den Fällen der Ziffern 1 und 3 des § 266 Abs. I StGB. 35

3. Kapitel
Die Bevollmächtigtenuntreue des § 266, Abs. I., Ziffer 2 StGB. unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts.

§ 11. Allgemeines 37
§ 12. Der Begriff des Bevollmächtigten 38
§ 13. Der Begriff der Verfügung 46
§ 14 Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers 50
§ 15. Die Lehre vom Individualanspruch 56

4. Kapitel.

§ 16. Der subjektive Tatbestand der Untreue 61

5. Kapitel.

§ 17. Versuch, erschwerter Fall des Abs. II des § 266 StGB. Strafe 63

6. Kapitel.

§ 18. Die Ausdehnung des Tatbestandes in den Nebengesetzen . 64

II. Abschnitt.

Die Untreue de lege ferenda.

Die Untreue in den Entwürfen zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch, insbesondere im Entwurf 1927.

§ 19. Allgemeines 65
§ 20. Die Rechtsnatur der Untreue 67
§ 21. Das Angriffsobjekt der Untreue 72
§ 22. Die Subjekte der Untreue 74
§ 23. Die Untreuehandlung 78
§ 24 Der subjektive Tatbestand der Untreue 80
§ 25. Versuch und Strafe 82

Anhang.

§ 26. Die Untreue im Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933. 83